Der Rückerwerb des Nichtberechtigten

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Werner Eltze
Gerichtsreferendar aus DAHME (MARK)

MARBURG 1933.

Buch- und Kunstdruckerei von Erich Wätzrig, Dahme (Mark)

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 29. April 1933.

Berichterstatter:

Geheimer Justizrat Professor Dr. Manigk.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554407_0032

Inhaltsverzeichnis:

§ 1 Die Fragestellung und Beispiele.

§ 2 Die geschichtlichen Grundlagen:
a) Der Rückerwerb des Nichtberechtigten im römischen Recht.
b) Der Rückerwerb des Nichtberechtigten im deutschen Recht.

§ 3 Die Entwicklung nach der Rezeption bis zur Entstehung des bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 4 Die Grundlage des Rückerwerbs des Nichtberechtigten: Der § 932 BGB.

§ 5 Die rechtliche Natur des Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten.

§ 6 Der Rückerwerb des Nichtberechtigten auf Grund eines neuen von dem Zwischenerwerb unabhängigen Rechtsgeschäftes.

§ 7 Ausgleichsansprüche des Altberechtigten.

§ 8 Der Rückerwerb des Nichtberechtigten im Wege der Wandlung.

§ 9 Der Rückerwerb des Nichtberechtigten auf Grund eines vorangegangenen fiduziarischen Rechtsgeschäfts.

§ 10 Der beabsichtigte Rückerwerb des Nichtberechtigten.

Literaturverzeichnis.

Biermann: Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Buch Sachenrecht 3. Auflage 1914.

Binding: Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nicht-Eigentümer nach BGB § 932 und § 935 und ihre Reduktion auf das kleinstmögliche Maß. 1908.

de Boor: Bürgerliches Recht II Sachenrecht 1930.

Carlin: Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet. Diss. Bern 1881.

Cohn, Ernst: Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, Marburg 1931.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts 2. Band, 6. Auflage 1913.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts 3. Band 1905.

Dernburg: Das Sachenrecht des Deutschen Reichs u. Preußens 4. Aufl. 1908.

Düringer-Hachenburg: Das Handesgesetzbuch 4. Band, 3. Auflage 1932.

Endemann: Einführung in das Studium des BGB Band 2, Teil 1 Sachenrecht.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I, 1, Band III 12. Bearbeitung.

Ewald: Der Rückerwerb des Nichtberechtigten, Jher. Jahrbuch Bd. 76 Seite 273 ff.

Fischbach: Treuhänder und Treuhandgeschäfte 1912.

Fischer: Ist der auf guten Glauben gegründete Rechtserwerb derivativ oder originär? Diss. Greifswald 1919.

v. Gierke, O.: Deutsches Privatrecht 2. Bd. 1905.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch 2. Band Sachenrecht 1912.

Heck: Grundriß des Sachenrechts, 1930.

Hellwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901.

Hellwig: System des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1912.

Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts Leipzig 1885.

Hübner: Grundzüge des deutschen Pviratrechts, 5. Auflage, Leipzig 1930.

Jäger: Kommentar zur Konkursordnung 1. Bd. 6., 7. Aufl. 1931.

Jhering: Jher. Jahrb. für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
Jung: Bürgerliches Recht.
Positives Recht. Ein Beitrag zur Theorie von Rechtsquelle und Auslegung 1907.
Juristische Wochenschrift: Organ des deutschen Anwaltsvereins.
Kiehl: in J. W. 1922 S. 787 ff.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 2. Bd. 1919.
Kretzschmar: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches 1906.
Leonhard: Vertretung beim Fahrniserwerb.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft 1907.
Pfandrecht in H.d.R. S. 455 ff.
Merk: in „Zivilgesetze der Gegenwart", Sammlung europäischer und außereuropäischer Privatrechtsquellen, Bd. I (1928) S. 794 ff.
Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch 3. Bd. 1899.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1927.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar Sachenrecht 1920.
Regelsberger: Der sogenante Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, Jher. Jahrbuch Bd, 47 Seite 339 ff.
Reichel: Gutgläubigkeit beim Fahrniserwerb, Zeitschrift für das Private und Oeffentliche Recht der Gegenwart Band 42 Seite 173 ff.
Reichsgerichtsräte Kommentar von . . . zum BGB. 7. Aufl. 1929.
Romeick: Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuches Heft 3 1904.
Schiedermair: Das Anwendungsgebiet des § 162 BGB. Bonn 1929.
Schöny: Treuhandgeschäfte Diss. Freiburg 1908.
Schott: Ueber Veräußerungsverbote und Resolutivbedingungen im bürgerlichen Recht, in der Festgabe für Felix Dahn 1905.
Schultze: Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht. Jher. Jahrb. Bd. 43 Seite 1 ff.
v. Schwerin: Ueber den Begriff der Rechtsnachfolge 1905.
Sohm: Institutionen des römischen Rechts 5. Aufl. 1894.
Siméon-David: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 2. Hälfte 14, 15. Aufl. 1929.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl.
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht 1. Bd. 2. Aufl. 1902.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts 2. Bd. 1. und 2. Hälfte 1914.
Weber: Der Durchgangserwerb vom Nichtberechtigten 1914.
Wellspacher: Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im Bürgerlichen Recht 1906.

§ 1. Fragestellung und Beispiele.

Vom Rückerwerb des Nichtberechtigten spricht man in allen Fällen, in denen jemand einen Gegenstand zurückerwirbt, über welchen er zuvor als Nichtberechtigter verfügt hat.

Auf Grund der §§ 932, 892, 2366 BGB. ist die Möglichkeit eines Eigentumserwerbes vom Nichtberechtigten gegeben. Das Problem liegt nun darin: Wie gestaltet sich die Rechtslage, wenn der Erwerber (im Anschluß an Ewald Jher. Jahrb. Bd. 76 S. 233 ff. Zwischenerwerber Z genannt) dieses gutgläubig erworbene Eigentum an den Nichtberechtigten N zurücküberträgt?

Der Rückerwerb kann auf verschiedenen Wegen erfolgen. Der Rückerwerb kann geschehen:

1) Auf Grund eines neuen von dem ersten unabhängigen Veräußerungsgeschäfts.

2) Auf Grund eines Rechtsgeschäfts, welches mit dem Zwischenerwerbsgeschäft in innerem rechtlichen Zusammenhange steht, z. B. einer Wandlung.

3) Auf Grund eines Geschäftes, welches nach Ablauf eines fiduziarischen Rechtsgeschäftes vorgenommen wird.

Folgende Beispiele mögen das Problem veranschaulichen:

1) Der Altberechtigte A hat seine goldene Uhr dem N geliehen. N veräußert die Uhr an den gutgläubigen Z für 60 RM. Nach 2 Monaten befindet sich Z in Geldschwierigkeiten und veräußert die Uhr an N für 50 RM zurück.

2) Der Altberechtigte A hat dem N sein Fahrrad zur Reparatur übergeben. N veräußert das Rad an den gutgläubigen Z. Z wandelt wegen eines Fehlers und gibt das Fahrrad an N zurück.

3) Der Altberechtigte A hat wegen einer bevorstehenden Reise dem N seine Schmucksachen in Verwahrung gegeben. Wegen einer dem Z zustehenden Forderung übereignet N die Schmucksachen zur Sicherheit. Nach Bezahlung der Schuld gibt Z die Schmucksachen dem N zurück.

4) N, welcher ein kostbares Buch des A geliehen hat, möchte das Buch gern erwerben. Er veranlaßt daher seinen gutgläubigen Freund Z zum Kauf des Buches, bezw. übereignet er diesem das Buch wegen einer Forderung zur Sicherheit, trotzdem er die Schuld sofort begleichen

könnte, und erwirbt das Buch von Z zurück, bezw. gibt ihm Z das Buch nach Tilgung der Forderung zurück.

(Die Beispiele lassen sich beliebig vermehren, vgl. insbesondere die von Ewald Jher. Jahrb. Bd. 76 S. 233 ff. angeführten Beispiele.)

Allen Fällen ist gemeinsam, daß N als Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine dem Berechtigten A gegenüber wirksame Verfügung trifft, auf Grund deren der Zwischenerwerber Z gemäß § 932 BGB das Eigentum an der Sache erwirbt.

Die Frage ist nun die: Wer wird in den einzelnen Fällen bei der Rückübertragung der Sache von Z an N Eigentümer? Wird N Eigentümer, bleibt Z Eigentümer oder wird A wieder Eigentümer, oder ist A immer Eigentümer geblieben?

Aus dem Dargelegten ergibt sich ohne weiteres, daß die Grundlage des Rückerwerbs, sofern er überhaupt anzuerkennen ist, immer der wirksame Zwischenerwerb **vom** Nichtberechtigten ist. Diese erste Voraussetzung des Rückerwerbs bedarf daher zunächst einer eingehenden Untersuchung.

§ 2. Die geschichtlichen Grundlagen:

a) Der Rückerwerb des Nichtberechtigten im römischen Recht.

Dem römischen Recht war ein Erwerb vom Nichtberechtigten unbekannt. Der das römische Recht beherrschende Rechtssatz[1]): „Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet" machte jeden Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten unmöglich. Der Erwerber konnte das ihm tradierte Recht nur mit allen bestehenden Lasten und Beschränkungen erwerben. Der Eigentümer konnte sein Recht grundsätzlich in keinem Falle durch die Verfügung eines Nichtberechtigten verlieren und war daher jederzeit berechtigt, die Sache von jedem Inhaber herauszuverlangen. Ohne Belang für diesen Herausgabeanspruch des Eigentümers war der Grund und die Art des Besitzerwerbs des augenblicklichen Inhabers der Sache. Gleichgültig war ferner, ob die Sache dem Eigentümer abhanden gekommen war, oder ob er sie freiwillig aus der Hand gegeben hatte. Ohne Rücksicht darauf, ob der Erwerber beim Besitzerwerb gut- oder bösgläubig gewesen, in jedem Falle mußte der Besitzer die Sache dem vindizierenden Eigentümer herausgeben: „ubi rem meam invenio, ibi vindico." Diese gegen den Erwerb kraft guten Glaubens gerichtete Tendenz des römischen Rechts erklärt sich einmal aus der den römischen Juristen auszeichnenden Logik, mit welcher er alle Rechtsfragen zu behandeln pflegte, indem er sagte, wer nichts hat, kann nichts geben, zum anderen läßt sich der Satz nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet aus der damaligen Struktur des römischen Staates erklären. Der römische Staat war anfangs ein Bauernstaat. Der römische Bürger war vornehmlich Ackerbürger und verlangte als solcher einen starken und durchgreifenden Schutz seines Eigentums gegen jedermann.

---

[1]) l. 54 D. R. J. 50, 17.

Mit der Umbildung des römischen Staates vom Bauernstaat zum Weltreich, treten bei dem wachsenden Güterverkehr und Güteraustausch die Mängel dieses oben geschilderten krassen, schrankenlosen Vindikationsprinzips hervor. Das Bedürfnis nach Schutz des Verkehrs tritt mehr und mehr in den Vordergrund. Der Satz „nemo plus juris transferre potest quam ipse habet" ist in dieser starren Form nicht mehr haltbar, da er jeder Verkehrsentwicklung entgegensteht. Diesem Bedürfnis nach Schutz des gesteigerten Güterverkehrs trägt die römische Rechtsordnung durch Einführung des Instituts der usucapio Rechnung, welches mit dem steigenden Verkehr eine immer weitere Ausgestaltung erfährt. Diese Ausgestaltung der usucapio erhellt insbesondere aus einem Vergleich der Usucapionsfristen zur Zeit der Zwölftafelgesetzgebung gegenüber den bedeutend erleichterten Bestimmungen über die Ersitzung der Justinianeischen Gesetzgebung. In diesem Zusammenhange ist ferner die Constitutio des Kaisers Zeno zu erwähnen, nach welcher alle Personen, welche vom Fiskus eine Sache durch Kauf oder Schenkung oder aus einem anderen Titel erworben hatten, vor jeder Vindikation geschützt sein sollten, und daß Ansprüche auf die veräußerten Sachen nur binnen 4 Jahren gegen den Fiskus geltend gemacht werden konnten[2]). Justinian dehnte diese Bestimmung auf diejenigen aus, „qui a nostra vel venerabilis Augustae domo aliquid acceperint"[3]). Wenn auch in diesen Bestimmungen die materialistische Einstellung, ein Privileg des Fiskus und der kaiserlichen Schatulle, welche von der lästigen Gewährspflicht befreit sein sollen, nicht zu leugnen ist, so läßt sich andererseits in diesen Bestimmungen eine teilweise Anerkennung des Eigentumserwerbes vom Nichtberechtigten nicht verkennen.

Nach dem Ausgeführten ist dem römischen Recht, da es einen Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten grundsätzlich nicht zuläßt, ein Rückerwerb des Nichtberechtigten unbekannt. Dem Rückerwerbsproblem ist daher im römischen Recht nur sehr beschränkte Wirksamkeit beizumessen. Im Falle der Ersitzung aber, in welchem auch das römische Recht den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten anerkennt, ist auch der Rückerwerb des Nichtberechtigten bejahend zu beantworten.

b) Der Rückerwerb des Nichtberechtigten im deutschen Recht.

Dem deutschen Recht war der das römische Recht beherrschende Satz „Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet" unbekannt. Trotzdem kennt auch das deutsche Recht eine dingliche Klage. Diese Klage unterscheidet sich jedoch von den im römischen Recht geltenden Grundsätzen insofern, als sie nicht dem Eigentümer als solchem, sondern jedem Besitzer zusteht. Der grundsätzliche Unterschied beider Rechte besteht aber darin, daß das deutsche Recht im Interesse des Verkehrs eine Beschränkung der Fahrnisverfolgung eintreten läßt. Für den Erfolg der Klage war nämlich maßgebend, ob die Sache aus der

---

[2]) L. 2 C. de quadr. praescr. 7, 37.
[3]) § 14 J. de usuc. 2, 6.

Gewere des Klägers wider seinen Willen gekommen war oder nicht. Nur im ersten Fall konnte der Herausgabeanspruch gegen jeden dritten Besitzer geltend gemacht werden. Während derjenige, welcher seine Sache freiwillig aus der Gewere gelassen hat, z. B. sie verliehen, vermietet, verpfändet oder in Verwahrung gegeben hat, nur von dem die Rückgabe der Sache verlangen kann, dem er sie gab. Dieser Rechtszustand, welcher grundsätzlich im Sachsenspiegel II Art. 60 § 1 formuliert ist, gipfelt in den bekannten Rechtsparömien: „Hand wahre Hand", „wo du deinen Glauben gelassen hast, mußt du ihn wieder suchen" u. a. Diese Beschränkung der Fahrnisverfolgung schafft aber nicht die Möglichkeit eines Eigentumserwerbes vom Nichtberechtigten, sie bewirkt lediglich die Abschwächung der dinglichen Kraft des Fahrniseigentums[4]). Der Verlust der Möglichkeit, die Sache auf gerichtlichem Wege wieder zu erlangen ist nicht gleichbedeutend mit dem Verlust des Eigentums selbst. Das Eigentum des wahren Berechtigten ging dadurch nicht unter. Das erhellt insbesondere daraus, daß dem Eigentümer die Klage um anvertrautes Gut wieder zustand, wenn die Gewere dessen wieder hergestellt war, dem er die Sache anvertraut hatte. Auch in dem Falle, daß der Eigentümer die Gewere aus irgend einem Grund selbst wieder bekam, konnte er sich auf sein noch bestehendes Eigentum berufen und auf Grund dieses Eigentums die Fahrnisklage eines jeden Dritten erfolgreich abschlagen[5]).

Ebenso ist dem altdeutschen Liegenschaftsrecht das Problem des Rückerwerbs unbekannt. In der ältesten Zeit bestand kein Eigentumsrecht des Einzelnen am Grund und Boden, so daß der Einzelne hieran demgemäß kein Eigentum erwerben konnte[6]). Auch später, als ein solches Eigentumsrecht anerkannt wurde, war die Uebertragung des Eigentums durch die Wahrung bestimmter Formvorschriften (Vornahme vor Zeugen und später prozessuale Auflassung[7]) und durch die Bestimmung, daß nur der Eigentümer über den Grund und Boden verfügen konnte, so erschwert, daß dadurch die Verfügung eines Nichtberechtigten illusorisch wurde.

Demgemäß ist im deutschen Recht ein Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten unzulässig, damit entfällt jede Möglichkeit des Rückerwerbs des Nichtberechtigten.

§ 3. Die Entwicklung nach der Rezeption bis zur Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Mit der Rezeption des römischen Rechts wurde diese in dem Rechtssatz „Hand wahre Hand" gipfelnde verkehrsfreundliche Entwicklung des deutschen Rechts unterbrochen. Die das deutsche Sachenrecht kenn-

[4]) O. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 2, S. 560.
[5]) O. Gierke a. a. O. S. 561.
[6]) Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, S. 241 ff.
[7]) Hübner a. a. O. S. 256 ff.

zeichnende Unterscheidung von Liegenschafts- und Mobiliarrecht wird durch die Aufnahme des Mobiliar- und Immobiliarrecht gleichbehandelnden römischen Rechts verdrängt. Die gegen jeden Dritten unbeschränkt wirkende Vindikation greift wieder Platz (ubi rem meam invenio, ibi vindico). Durch diese neue Regelung wurde aber das germanische Recht nicht vollständig verdrängt, sondern der Satz „Hand wahre Hand" behielt in mancherlei Ausgestaltung in verschiedenen Partikularrechten im Interesse des Verkehrs seine Geltung. Eine derartige Ausgestaltung des deutschrechtlichen Prinzips finden wir insbesondere im preußischen Allgemeinen Landrecht. Das A. L. R. lehnt die Eigentumsklage auf Herausgabe von Geld, Inhaberpapieren, vom Fiskus gekaufter und öffentlich versteigerter Sachen grundsätzlich ab. Bezüglich anderer von Seiten eines Nichtberechtigten entgeltlich veräußerten Sachen greift zwar die Eigentumsklage gegen den redlichen Erwerber durch, der Herausgabeanspruch ist aber insofern beschränkt, als der Alteigentümer zum Ersatz des von dem redlichen Erwerber Geleisteten verpflichtet ist[8]). Eine dieser dargelegten ähnliche Regelung hat das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 296, 314 f. getroffen.

Noch weiter geht im Schutze des redlichen Erwerbers das französische Recht, indem es im Art. 2279 Abs. 1 C. c. bestimmt: „En fait de meubles la possession vaut titre." Durch diese Bestimmung soll die Fahrnisverfolgung i. S. des germanischen „Hand wahre Hand"-Grundsatzes sachenrechtlich beschränkt werden[9]). Diese Auffassung ergibt sich aus Abs. 2, der eine Durchbrechung des Abs. 1 darstellt, und nach dem nur unfreiwillig abhanden gekommene, nicht freiwillig aus der Hand gegebene und vom Vertrauensmann unterschlagene Fahrnisse in die dritte Hand verfolgt werden können. Ob in dieser Regelung eine bloß widerlegbare Eigentumsvermutung[10]) oder eine an den Besitz geknüpfte unwiderlegbare Eigentumsvermutung[11]) oder ein gesetzlicher Eigentumserwerb des redlichen Besitzers zu sehen ist, kann in diesem Zusammenhange dahingestellt bleiben. Zu erwähnen ist aber, daß der zur Herausgabe verpflichtete Besitzer grundsätzlich keinen Anspruch auf Schadloshaltung gegen den klagenden Entwerten oder Verlierer, sondern gemäß Art. 2279 Abs. 2 lediglich einen Gewährleistungsanspruch gegen den Vormann hat. Nur dann, wenn der redliche Erwerber die Sache auf einer Messe, einem Markte oder bei einem öffentlichen Verkaufe oder von einem mit dergleichen Sachen handelnden Kaufmann erworben hat, ist er gemäß Art. 2280 zur Herausgabe der Sache an den Kläger nur gegen Erstattung des gezahlten Preises verpflichtet[12]).

Im Anschluß an das französische Recht erfährt schließlich das oben dargestellte deutschrechtliche Prinzip in dem Allgemeinen Deutschen

---

[8]) A. L. R. I 15 §§ 24—26, 42 ff.; I 20 §§ 80 ff.; O. Gierke a. a. O. S. 561.
[9]) Merk in „Die Zivilgesetze der Gegenwart" Bd. I Art. 2279 f, 794 ff.
[10]) So die ständige Rechtsprechung des Kassationshofes.
[11]) So die herrschende Lehre, insbesondere Aubry et Rau II[5] S. 144 f.; Planiol, I 2496; Guillouard Prescr. II, 817 ff.
[12]) Merk in „Die Zivilgesetze der Gegenwart' Bd. I Art. 2279 f, S. 794 ff.

Handelsgesetzbuch von 1861 eine noch weitergreifende Ausgestaltung. Bei der rapiden Entwicklung des Handelsverkehrs in Deutschland erschien dem Kaufmann die Sicherheit des Eigentumserwerbes ein grundsätzliches Erfordernis der Rechtsordnung. In den Art. 306, 307 hat daher das A. D. H. G. B. mit den römisch-rechtlichen Grundsätzen vollständig gebrochen und das deutsch-rechtliche Hand-wahre-Hand-Prinzip in vollstem Maße zur Geltung gebracht, indem es bestimmte, daß der redliche Erwerber das Eigentum an Waren oder anderen beweglichen Sachen erwirbt, welche er von einem Kaufmann in dessen Handelsgeschäft gekauft hat, auch wenn der Verkäufer nicht Eigentümer ist. Beim Erwerb von verlorenen und abhandengekommenen Sachen ist jedoch dem gutgläubigen Erwerber der Schutz versagt. Nur bei gestohlenen oder sonst unfreiwillig aus dem Besitz gekommenen Inhaberpapieren ist nach Art. 307 ein gutgläubiger Erwerb ebenfalls möglich.

§ 4. Die Grundlage des Rückerwerbs des Nichtberechtigten: Der § 932 BGB.

Das war der Rechtszustand als man daran ging, ein einheitliches Bürgerliches Gesetzbuch zu schaffen. Bei der Beratung der Vorschriften über den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten war man sich schon beim ersten Entwurf darüber einig, daß „auf die Uebereinstimmung mit den Vorschriften des HGB. der größte Wert zu legen sei“[13]), denn die Art. 306, 307 A. D. H. G. B. hatten sich in der Praxis derart bewährt, daß an eine grundsätzliche Aenderung dieser Vorschriften keinesfalls gedacht werden konnte. Rechts- und insbesondere Verkehrssicherheit geboten eine klare, eindeutige Regelung des Erwerbes vom Nichtberechtigten, deshalb folgte das Bürgerliche Gesetzbuch dem Handelsgesetzbuch und brachte den deutsch-rechtlichen Grundsatz „Hand wahre Hand“ in den §§ 932 ff. BGB. zur vollsten Ausgestaltung.

§ 932 BGB bestimmt, daß der Erwerber durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung auch dann Eigentümer wird, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört und der Erwerber zu der Zeit, zu der er nach § 929 das Eigentum erwerben würde, im guten Glauben ist. Wenn man bedenkt, daß dieser Erwerb begriffsnotwendig zum Eigentumsverlust auf Seiten des Alteigentümers führen muß, so fragt man unwillkürlich, ob diese Gesetzesbestimmung nicht allzu hart ist und zu großen Unbilligkeiten führen muß. Der Gesetzgeber sah sich hier einer Interessenkollision zwischen dem Alteigentümer und dem redlichen Erwerber gegenübergestellt. Für die Entscheidung, welche die Rechtsordnung getroffen hat, konnte nur das schutzwürdigere Interesse[14]) bezw. der Irrtum, welcher auf Grund der objektiven Rechtslage verzeihlicher war[15]) maßgebend sein. Daß für die Normierung der Interessenkollision diese Momente ausschlaggebend waren, erhellt aus der Unterscheidung, welche das Gesetz zwischen anvertrautem und unfreiwillig aus dem Besitz gekommenen Gut

[13]) Mot. Bd. 3 S. 344.
[14]) v. Schwerin, Ueber den Begriff der Rechtsnachfolge, S. 21.

macht. Im ersten Falle gilt der Satz „Hand wahre Hand" uneingeschränkt. Wer seine Sache freiwillig aus der Hand gegeben hat, sei es, daß er sie einem Dritten geliehen, zur Verwahrung gegeben, oder aus einem anderen Grunde anvertraut hat, schafft einen tatsächlichen Zustand, auf Grund dessen jeder objektive Beobachter den Dritten für den Eigentümer halten darf. Auf die persönliche Beziehung zwischen dem Verfügenden und dem Dritten kann die Rechtsordnung, da es sich um etwas rein Subjektives handelt, keine Rücksicht nehmen. Der Dritte ist auf Grund seines Besitzes mit dem Scheine des Rechts ausgestattet, und diesen Rechtschein muß der Alteigentümer gegen sich wirken lassen. Kohler[15]) definiert den Rechtsschein als eine solche äußerliche Gestaltung der Verkehrsverhältnisse, welche den Verkehr zum Glauben an eine bestimmte Gestaltung des materiellen Rechts führt. Dieser Rechtsschein muß im Verkehr so wirken, daß die an den Rechtsschein geknüpften Rechtsfolgen unter Umständen ebenso eintreten, wie wenn der Rechtsschein Wirklichkeit wäre. Denn wollte man lediglich die innersten und für einen Außenstehenden fast immer verborgenen internen Beziehungen maßgebend sein lassen, so wäre das einer völligen Lahmlegung des Verkehrs gleichbedeutend. Denn der Verkehr ist nur dann entwicklungsfähig, „wenn gewisse für das Recht äußerlich sprechende Umstände so betrachtet werden, als wenn hinter dem Schein das ihm entsprechende Recht stünde"[17]). Eine derartige Regelung kann auch nicht anders als gerecht genannt werden. Wer seine Sachen einem Dritten anvertraut, stattet diesen mit dem Scheine des Rechts aus. Er gibt also die Veranlassung dazu, daß sich dieser Rechtsschein unter Umständen gegen ihn selbst kehrt. Auf seiner Seite kann somit das schutzwürdigere Interesse nicht erblickt werden. Hierzu kommt noch, daß die Wahrscheinlichkeit der Schadloshaltung auf Seiten des Alteigentümers eine größere ist. Wer seine Sachen einem Dritten zur Verwahrung, zur Verwaltung, zur Reparatur, oder aus einem anderen Grunde gibt, ist viel eher in der Lage, sich seinen Gewährsmann anzusehen und zu prüfen, ob er seine Sache von diesem auch tatsächlich wieder erhält, als derjenige, welcher von einem, ihm bis dahin vielleicht Unbekannten, eine Sache erwirbt. Unterschlägt der Gewährsmann die ihm anvertraute Sache und ist er, auf Schadenersatz in Anspruch genommen, zahlungsunfähig, so hat sich der Eigentümer den Schaden in der Regel selbst zuzuschreiben. Warum hat er seine Sache einem solchen unsicheren Manne anvertraut? Für ihn gilt der Satz „Trau, schau, wem!"

Gegenüber dieser Argumentation können auch Bindings Ausführungen „Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbes vom Nichteigentümer" nichts verschlagen. Binding ist Kriminalist und daher scheint es ihm in dieser Eigenschaft unmöglich, daß eine strafbare Handlung, die Unterschlagung, auf Seiten des Erwerbers zu unanfechtbarem Eigentum führt. Den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten hält Binding einmal

[15]) Carlin, Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet, S. 114.
[16]) Bd. 2 § 2 I.
[17]) Kohler, Bd. 2 § 2 III.

aus dem Grunde nicht für möglich, weil die Worte im § 935 BGB. „oder sonst abhanden gekommen war" erklärend aufzufassen und dahin auszulegen seien, daß sie sich auf unterschlagene Sachen mit erstrecken[18]). „Warum aber soll", führt Binding aus, „der Verlust des mittelbaren Besitzes nicht auch als ein Abhandenkommen der Sache bezeichnet und gefaßt werden? Wenn der Pfandgläubiger, der Mieter usw. meine Sache verkauft, kommt sie mir dadurch nicht auch abhanden? Wird jemand, der dem Freunde ein Buch geliehen hat, das von diesem verloren worden ist, nicht sagen: „Ich habe es verliehen und dabei ist es mir abhanden gekommen?" Dieser Argumentation Bindings ist m. E. schon aus dem Grunde nicht zuzustimmen, da nach dem Sprachgebrauch das „Aus-der-Hand-kommen" einen unmittelbaren Besitz voraussetzt. Ferner ist nach durchaus h. L. eine Sache nur dann als abhandengekommen im Sinne § 935 BGB. anzusehen, wenn sie dem unmittelbaren Besitzer ohne seinen Willen aus dem Besitze gekommen ist. Das ist aber in allen angeführten Fällen nicht der Fall, da der Eigentümer die Sachen freiwillig weggegeben hat. Der Ansicht Bindings, daß auch unterschlagene Sachen als abhandengekommen anzusehen seien, ist somit nicht zu folgen. Einen weiteren Ablehnungsgrund des Eigentumserwerbes vom Nichtberechtigten erblickt Binding in der „Ungerechtigkeit" dieses Erwerbes. Diese Ungerechtigkeit versucht Binding mit reinen Billigkeitserwägungen nachzuweisen, indem er ausführt[19]): „Auch der vorsichtigste Eigentümer wird Tag um Tag, Stunde um Stunde dazu genötigt, seine Sachen allen möglichen anderen — Leuten aller Stände — zu leihen, sie ihnen zur Reparatur, zur Verwahrung zu geben, sie durch sie transportieren zu lassen, sie ihnen zu borgen." Auf Seite 24 heißt es dann weiter: „Wer möchte heute jemanden des Leichtsinns bezichtigen wegen der freiwilligen Uebertragung des Besitzes an einer Sache?" Gerade diese Ausführungen Bindings lassen erkennen, daß nach Binding für die Frage des Eigentumserwerbes vom Nichtberechtigten lediglich die Einstellung des Weggebenden maßgebend sein soll, und der Eigentümer, ähnlich wie im Strafrecht, nur dann einen Schaden bezw. eine Strafe erleiden darf, wenn auf seiner Seite auch tatsächlich ein Verschulden vorliegt. Mit dieser Auffassung dokumentiert Binding seine Einstellung als Strafrechtler, er verkennt aber damit die Grundlagen des Eigentumserwerbes vom Nichtberechtigten. Verkehrs- und Rechtssicherheit gebieten eine eindeutige gesetzliche Regelung und das Vertrauen, welches jeder gutgläubige Dritte in die objektive Rechtslage zu setzen berechtigt ist, bedarf eines klaren und durchgreifenden Schutzes. Nicht der „Leichtsinn" des Eigentümers, welcher seine Sachen einem unwürdigen Dritten anvertraut hat, sondern der Rechtsschein, mit welchem der Eigentümer den Dritten ausstattet, führt zum Eigentumsverlust. Bindings gegen den gutgläubigen Eigentumserwerb gerichtete Argumentation ist damit widerlegt und der Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten, wie ihn das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 932 ff. normiert hat, in vollstem Maße anzuerkennen.

[18]) Binding, a. a. O. S. 29.
[19]) a. a. O. S. 7.

§ 5. Ist der Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten als abgeleiteter oder ursprünglicher anzusehen?

Bevor auf die Frage eingegangen wird, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn der Nichtberechtigte die Sache, über welche er zunächst als Nichtberechtigter verfügt hat, zurückerwirbt, soll unersucht werden, ob der Erwerb vom Nichtberechtigten als abgeleiteter oder ursprünglicher anzusehen ist. Das Ergebnis dieser Untersuchung soll zur Lösung der unten behandelten Fragen und zur Begründung der Ergebnisse mit herangezogen werden.

Das Gesetz gibt uns keine Entscheidung der Frage, ob der gutgläubige Erwerb als abgeleiteter oder ursprünglicher anzusehen ist. Ebenso wenig kann in den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch ein Anhaltspunkt für die Entscheidung gefunden werden. Die Lösung ist vielmehr in den Motiven[20]) ausdrücklich der Wissenschaft überlassen worden: „Ob ein Rechtserwerb, der kraft besonderer Vorschrift mit rechtlicher Wirksamkeit sich vollzieht, obwohl derjenige, welcher überträgt oder einräumt, ein Nichtberechtigter ist, als abgeleiteter oder selbständiger Erwerb zu betrachten sei, ist eine Frage der Rechtswissenschaft." In der Literatur sind die Ansichten geteilt, mit den verschiedensten Begründungen wird teils für die abgeleitete, teils für die ursprüngliche Natur des Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten eingetreten. Auch Mittelmeinungen, welche weder den abgeleiteten noch den ursprünglichen Charakter anerkennen und sich für eine zwischen beiden liegende Erwerbsart entscheiden, sind vertreten. Eine eingehende Darstellung der verschiedenen Begründungen der Meinungen über die abgeleitete bezw. ursprüngliche Natur des gutgläubigen Erwerbs würde außerhalb des Rahmens dieser Arbeit liegen. Es sollen daher die Ansichten nur kurz dargestellt und dazu Stellung genommen werden.

Bei der Prüfung unserer Frage bedarf es zunächst der Klarstellung der Begriffe „abgeleiteter" und „ursprünglicher" Erwerb. Abgeleitet ist, wie schon der Name sagt, jeder Erwerb, welcher von einem bereits bestehenden Recht abgeleitet wird, welcher sich auf das Recht des in Wahrheit Berechtigten stützt[21]). Gehen wir von dieser Begriffsbestimmung aus, so wäre für das Vorliegen einer abgeleiteten Erwerbsart im Falle des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten der Nachweis erforderlich, daß der Erwerber sein Recht von dem seines Vorgängers ableitet. Da dieser aber als Nichtberechtigter verfügt, so kann von ihm auch kein Recht hergeleitet werden. Zur Umgehung dieses Widerspruchs kann nicht geltend gemacht werden, daß der nichtberechtigt Verfügende als aufgezwungener Vertreter des Berechtigten anzusehen ist, und die Verfügung des nichtberechtigten Veräußerers kraft gesetzlicher Bestimmung stillschweigend als im Namen und mit Wirkung für den wahren Eigentümer angesehen werden könne. Eine solche Auffassung ist mit Hellwig[22])

---

[20]) Bd. I S. 272.
[21]) Enneccerus I, 1 § 130; v. Tuhr II, 1 § 44.
[22]) Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 96 ff.

entschieden abzulehnen, da sie auf einer Verkennung der Begriffe Vertretungs- und Verfügungsmacht beruht. Diese beiden Begriffe sind keinesfalls identisch, denn von Vertretungsmacht kann nur dann gesprochen werden, wenn ein Rechtsgeschäft im Namen eines Dritten vorgenommen wird, und der Vertreter durch Vollmacht oder als gesetzlicher Vertreter zur Vornahme der betreffenden Handlung berechtigt war; während unter Verfügungsmacht die Macht, eine Verfügung selbst wirksam vorzunehmen oder durch einen Vertreter vornehmen zu lassen, zu verstehen ist und dem Berechtigten fehlen und andererseits einem Nichtberechtigten zustehen kann[23]).

Hellwig, der den gutgläubigen Erwerb als abgeleiteten ansieht, begründet seinen Standpunkt folgendermaßen:[24]) „Der Satz: nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet ist eine durch kein Gesetz zu beseitigende Wahrheit, wenn man seinen Inhalt dahin auffaßt, daß der Verfügende nur dasjenige Recht, welches er in seinem Vermögen hat, **aus diesem** einem Dritten zu geben vermag. Das gilt in der Rechtswelt ebenso, wie in der Welt der Tatsachen: aus meiner leeren Hand kann der Dritte nur ein Nichts empfangen. Mein Eigentum kann ich nur übertragen, wenn ich es habe. Aber trotz dieser unumstößlichen Wahrheit ist es sehr wohl möglich, daß durch die Verfügung des Nichtberechtigten das Recht eines **Dritten** übertragen wird." Diese verblüffende Argumentation Hellwigs hält einer näheren Prüfung nicht stand. Wenn Hellwig sagt, aus meiner leeren Hand kann ich einem Dritten nur ein Nichts geben, so kann ich doch ebensowenig in der Lage sein, aus einem Vermögen, welches mir nicht zusteht, einem Dritten etwas zu geben. Wenn aber trotzdem das geltende Recht die Verfügung eines Nichtberechtigten für wirksam erklärt, so kann dieser Vorgang lediglich in der gesetzlichen Bestimmung seine Grundlage haben.

Zur Begründung des abgeleiteten Charakters des gutgläubigen Erwerbs kann auch nicht geltend gemacht werden, daß zum Erwerb vom Nichtberechtigten, da § 932 auf § 929 verweist, in erster Linie ein gültiger Erwerbsakt vorliegen müsse. Daraus ist ein Beweis m. E. nicht zu entnehmen, da ein gültiger Erwerbsakt sowohl zum ursprünglichen wie auch zum abgeleiteten Erwerb Voraussetzung ist. Betrachten wir z. B. die Tabularersitzung im geltenden Recht. Diese bedarf zu ihrer Rechtswirksamkeit zunächst eines gültigen Erwerbsaktes, nämlich der Eintragung in das Grundbuch und wird in der Literatur einhellig als ursprünglicher Erwerb angesehen. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich auch aus dem Institut der Mobiliarersitzung des gemeinen Rechts. Dort wurde zur Gültigkeit der Ersitzung neben anderen Voraussetzungen das Vorliegen eines justus titulus erfordert. Vorausgesetzt wurde hier ein Rechtsgeschäft, welches sonst auch zur Eigentumsübertragung notwendig und geeignet war. Trotzdem wurde dieser Erwerb mit Recht als ursprünglicher Erwerb angesehen. Aus dem Erfordernis des gültigen Erwerbsaktes

[23]) Hellwig a. a. O. S. 100.
[24]) a. a. O. S. 103.

kann demgemäß die abgeleitete Natur des gutgläubigen Erwerbs nicht hergeleitet werden.

Ebensowenig kann man aus der Tatsache, daß das Gesetz selbst an verschiedenen Stellen von Rechten spricht, welche von einem Nichtberechtigten **hergeleitet** werden, folgern, daß dieser Erwerb als abgeleiteter anzusehen ist. Abgesehen davon, daß das Gesetz, wie aus den Motiven I S. 272 hervorgeht, keinesfalls eine Entscheidung dieser Frage treffen wollte, ist dieses „Herleiten" im subjektiven Sinne aufzufassen und so zu verstehen, daß der Gesetzgeber bei dieser Wortfassung vom Standpunkt des Gutgläubigen aus gesprochen hat. „Daß der gutgläubige Erwerber sein Recht von dem Nichtberechtigten „herleitet", ist selbstverständlich, denn er hält ja den Nichtberechtigten für den Berechtigten, er glaubt, von dem Veräußerer **dessen** Eigentum übertragen erhalten zu haben". Da aber dem Veräußerer das Eigentum nicht zustand, ist diese Einstellung des Erwerbers irrig und „darum bedarf der gutgläubige Erwerber einer Vorschrift zu seinen Gunsten. Diese Vorschrift geht dahin, daß er das Eigentum erwirbt, obwohl es mit seiner „Herleitung" nichts ist"[25]).

Weit gewichtiger als die bisherigen, erscheint die Begründung der abgeleiteten Natur des gutgläubigen Erwerbs, welche sich auf der Legitimationstheorie aufbaut. Die Anhänger dieser Theorie erblicken den Rechtserfolg des redlichen Erwerbs in der Legitimation, d. h. der rechtlichen Macht des Veräußerers zur Rechtsübertragung, welche dem Veräußerer kraft Gesetzes beigelegt worden sei. So sagt Gierke[26]): „denn der wahre Rechtsgrund für den trotz des Mangels im Recht des Veräußerers heute eintretenden Rechtserwerb liegt in der Legitimationskraft des offensichtlichen Fahrnisbesitzes. Auf Grund seines Besitzstandes ist der Veräußerer befähigt, im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit dem Besitz zugleich das in ihm erscheinende materielle Recht zu verschaffen und so über fremdes Eigentum und sonstiges Sachenrecht wirksam zu verfügen. Ebenso Endemann[27]): „Die selbständige Rechtsbedeutung des Besitzes verleiht dem Besitzer eine über seine dingliche Berechtigung hinausreichende Verfügungsmacht ... Die Erklärung, wie von einem Nichteigentümer Eigentum abgeleitet werden kann, liegt in der von der Besitzgewalt geschaffenen formalen Legitimation, in der gesetzlich mit dem Besitz verbundenen objektiv bestimmten Verfügungsgewalt." Auch Cosack[28]) und Hellwig[29]) sprechen dem Besitzer einer beweglichen Sache, die nicht sein Eigentum ist, unter den gesetzlichen Voraussetzungen die Rechtsmacht zu, über die Sache zu verfügen, bezw. fingieren sie in diesen Fällen den Nichtberechtigten als Berechtigten. Mit dieser im Besitz liegenden formalen Legitimation begründen die Anhänger dieser Theorie den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten und damit gleichzeitig die abgeleitete Natur dieses Erwerbes.

---

[25]) Romeick, Technik Bd. 3 S. 29.
[26]) a. a. O. § 134 VII S. 575.
[27]) Einführung in das Studium des B. G. B., Bd. 2 Teil 1 § 81.
[28]) § 198 IV.
[29]) Rechtskraft S. 483.

Diese Theorie, welche den Besitzer einer Sache auf Grund des Besitzes die rechtliche Befugnis verleiht, über die Sache zu verfügen, ist unhaltbar. Der Besitz gibt keine Legitimation zur Veräußerung der Sache, er erzeugt lediglich den Rechtsschein, welcher den Glauben des Erwerbers auslöst, daß der Veräußerer auch Eigentümer der Sache sei. Und dieser auf den Rechtsschein gegründete Glaube ist es, wie wir bereits oben gesehen haben, welcher den gutgläubigen Erwerber schutzwürdig erscheinen läßt. Besteht aber überhaupt, so könnte gefragt werden, ein Unterschied zwischen Legitimation und Rechtsschein? Dieser große Unterschied besteht, da jeder unbefangene Dritte mit dem Wort Legitimation die Vorstellung der rechtlichen Verleihung verbindet, während diese Vorstellung an das Wort Rechtsschein nicht geknüpft werden kann. Der Legitimationstheorie ist aber auch aus anderen Gründen nicht zu folgen. Wenn die Grundlage des gutgläubigen Erwerbes in dem Besitz, danach in der Person des Veräußerers zu suchen sein soll, wie ist es dann zu erklären, daß diese Verfügungsmacht gegenüber einem nicht gutgläubigen Erwerber vollständig versagt, daß sie „vor dem schlechten Glauben einer anderen Person zerfließt wie die Butter an der Sonne"[30]). Abgesehen von dieser inneren Schwäche, enthält die Ansicht, der Besitzer sei von der Rechtsordnung mit einer Verfügungsbefugnis über eine ihm nicht gehörige Sache ausgestattet, einen argen Verstoß gegen das Rechtsgefühl. Aus der Tatsache, daß der Eigentümer dem Besitzer die Sache zur Leihe, zur Verwahrung oder aus einem anderen Grunde übergeben hat, ist doch keinesfalls der Schluß zu ziehen, daß der Eigentümer den Besitzer gleichzeitig mit einer Macht ausstatten wollte, welche den Besitzer in die Lage versetzte, über die Sache wie ein Eigentümer zu verfügen. Wenn das die Rechtsordnung tatsächlich zum Ausdruck bringen wollte, so wäre der Widerspruch, daß sich der Nichtberechtigte auf Grund der Verfügung über die Sache einerseits gemäß § 246 R. Str. G. B. der Unterschlagung schuldig macht, die Verfügung andererseits zivilrechtlich auf Grund der ihm gesetzlich zustehenden Macht in vollem Umfange wirksam sein soll, nicht zu lösen[31]).Mit der Legitimationstheorie kann daher die abgeleitete Natur des gutgläubigen Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten ebenfalls nicht bewiesen werden.

Gehen wir auf den Ausgangspunkt unserer Erörterung zurück, und stellen wir noch einmal fest, daß nur der Erwerb ein abgeleiteter genannt werden kann, welcher sich auf den Inhalt des Rechts eines Vormannes stützt, so kann der redliche Erwerb vom Nichteigentümer nicht als abgeleiteter angesehen werden. Denn von dem Recht des wahren Eigentümers kann der Erwerber sein Recht nicht herleiten, da er mit diesem in gar keine rechtlichen Beziehungen tritt. Ebensowenig kann behauptet und bewiesen werden, daß der Erwerber sein Recht von dem Eigentum des Nichteigentümers herleitet, da diesem das Recht nicht zusteht, dieser sich vielmehr eines Verstoßes gegen die Rechtsordnung schuldig macht. Dem-

[30]) Regelsberger, Jher. Jahrb. Bd. 47 S. 363.
[31]) Regelsberger, Jher. Jahrb. Bd. 47 S. 364, 365; Romeick, Technik S. 10; Heusler, Institutionen Bd. 2 § 74.

gemäß ist festzustellen, daß das Gesetz das Eigentum in der Person des Gutgläubigen entstehen und in der Person des Altberechtigten untergehen läßt, nicht **weil** der frühere Eigentümer, sondern **obgleich** dieser, nicht aber der Verfügende berechtigt war[32]).

Damit ist aber gleichzeitig gesagt: Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten ist ein ursprünglicher Erwerb.

§ 6. Der Rückerwerb des Nichtberechtigten auf Grund eines neuen von dem ersten unabhängigen Rechtsgeschäfts.

Die Wirkung des gutgläubigen Erwerbes vom Nichtberechtigten ist die Entstehung des vollkommenen und unantastbaren Eigentums in der Person des Erwerbers und das korrespondierende Erlöschen des Eigentums in der Person des Altberechtigten. Dieser Erwerb ist ein endgültiger! Er kann nicht wieder rückgängig gemacht werden bezw. kann die ursprüngliche Rechtslage nicht dadurch wieder eintreten, daß der gutgläubige Erwerber nachträglich von der Nichtberechtigung des Veräußerers Kentnis erlangt oder, welcher Fall auch eintreten kann, er später Erbe des nichtberechtigt Verfügenden wird, denn: mala fides superveniens non nocet! Das gilt sowohl für das Liegenschafts- wie für das Fahrnisrecht. Der redliche rechtsgeschäftliche Erwerber erwirbt im Liegenschaftsrecht das ihm übertragene oder bestellte Recht, wie es durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ausgewiesen wird, gleichgültig, ob das übertragene Recht ursprünglich wirksam eingetragen und der Verfügende der wirklich Berechtigte war[33]). Für die Weiterveräußerung des so erlangten Rechts kann daher nur die Rechtslage maßgebend sein, wie sie sich auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gestaltet hat. Hieraus folgt, daß der Inhaber des so erworbenen Rechts dieses Recht auf jeden Dritten weiter übertragen oder sonst darüber verfügen und das selbst in dem Falle tun kann, wenn der Dritte weiß, daß das Grundbuch zu der Zeit, zu der sein Rechtsvorgänger das Recht erworben hat, unrichtig war, wenn dieser z. B. vom Nichtberechtigten erworben hat (a. M. aber ohne Begründung Turnau-Förster § 892 Erl. IV 4, der den früheren bösen Glauben wirken läßt, wenn der Bösgläubige von dem Gutgläubigen zurückerwirbt). Von einer Unrichtigkeit des Grundbuchs kann nicht mehr gesprochen werden, nachdem ein Rechtserwerb auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs stattgefunden hat und dieses Recht von dem gutgläubigen Erwerber an einen Dritten weiter übertragen wird.

Ebenso verhält es sich im Fahrnisrecht. Gemäß § 932 BGB wird der redliche Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Diese Rechtswirkungen treten auch dann ein, wenn sie

---

[32]) Romeick, Technik S. 35; Enneccerus I, 1 § 132; Regelsberger Jher. Jahrb. Bd. 47 S. 377.

[33]) Planck § 892, III, 1; Heck § 43, IV, 1; Crome § 372 Ziff. 7; R. G. Bd. 73 S. 127; O. L. G. Bd. 25 S. 380.

der Erwerber bei Kenntnis der Sachlage nicht gewollt, es vielmehr vorgezogen hätte, unter diesen Umständen das Eigentum nicht zu erwerben und sich an dem Veräußerer zu erholen. Treten demnach die Rechtsfolgen beim gutgläubigen Eigentumserwerb ex lege ein, so muß auch damit die Befugnis des Erwerbers anerkannt werden, die Sache an jeden beliebigen Dritten weiter zu veräußern. Die Ansicht, welche der Weiterveräußerung die Wirksamkeit aus dem Grunde absprechen würde, weil der Dritte davon Kenntnis hat, daß dem Erstveräußerer das Recht nicht zustand, wäre abzulehnen, weil dadurch die Vorteile, welche der Schutz des guten Glaubens für das Verkehrsleben bietet, wesentlich beeinträchtigt, wenn nicht gar vereitelt würden. Eine derartige Auffassung wäre nicht anders als eine Verkennung des Grundgedankens und des Zweckes des gutgläubigen Rechtserwerbs zu bezeichnen. Der mit dem Institut des Eigentumserwerbes vom Nichtberechtigten angestrebte Zweck kann, wie es in den Protokollen Bd. 3 S. 84, 85 heißt, nur dann erreicht werden, wenn man davon ausgeht, daß der gutgläubige Erwerber seinen Erwerb, wie er sich auf Grund seines guten Glaubens gestaltet hat, auf jeden Rechtsnachfolger übertrage. Abgesehen davon, daß das Eigentum des gutgläubigen Erwerbers nur ein sehr unzureichendes wäre — ist doch das Eigentum das volle und unbeschränkte Herrschaftsrecht einer Person über eine Sache —, wenn es ihm nicht möglich wäre, es an jeden beliebigen Dritten weiter zu veräußern und den Dritten zum Eigentümer zu machen, wäre diese Ansicht aber auch rein konstruktiv nicht haltbar. Wie wir oben festgestellt haben, hat sich das gutgläubig erworbene Recht zu einem unantastbaren und rechtsbeständigen in der Hand des gutgläubigen Erwerbers gestaltet, während das Recht des Alteigentümers durch den gutgläubigen Erwerb untergehen muß. Der Altberechtigte kann daher auf die Weiterveräußerung in keiner Weise einen Einfluß ausüben. Die Wirksamkeit der Weiterveräußerung kann sich demgemäß nur nach den Vorschriften der §§ 929 ff. BGB bestimmen und zur Weiterübertragung des gutgläubig erworbenen Eigentums kann lediglich Einigung und Uebergabe gefordert werden. Auf die Gut- oder Bösgläubigkeit des Dritten kann es gar nicht mehr ankommen, denn er erwirbt ja vom **Eigentümer.**

Sind demnach für die Wirksamkeit des Weitererwerbes nur die Vorschriften über die Uebertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache maßgebend, so können wir damit gleichzeitig feststellen, daß auch der Nichtberechtigte das Eigentum von dem gutgläubigen Erwerber erwerben kann[34]). Die Beantwortung der Frage für den Fall des Rückerwerbs auf Grund eines von der Erstveräußerung unabhängigen Rechtsgeschäfts ist somit dahin zu geben:

Der Rückerwerb des Nichtberechtigten ist für den Fall, daß er auf Grund eines neuen von dem ersten unabhängigen Rechtsgeschäftes erfolgt, als

---

[34]) Planck § 932 Erl. 3; Staudinger § 932 III; Heck § 60, 3; Kretschmar § 932, Erl. 5; v. Tuhr II, 1 § 495 c; de Boor § 115 IV; Siméon-David § 94 I, 2; R. G. Bd. 37 S. 77; Seuff. Arch. Bd. 39 S. 185, Bd. 46 S. 335.

rechtswirksam anzuerkennen, der Nichtberechtigte erwirbt durch den Rückerwerb vollkommenes Eigentum.

§ 7. Ausgleichsansprüche des Altberechtigten.

Der Laie wird die Anerkennung des Rückerwerbs des Nichtberechtigten unverständlich und ungerecht finden, insbesondere wird er wohl geltend machen, daß auf diese Weise jeglicher Schiebung Tür und Tor geöffnet würden. Jemand, dem ich meine Sache zur Leihe, zur Verwahrung oder aus einem anderen Grunde anvertraut habe, möchte diese Sache erwerben. Da er aber weiß, ich werde diese Sache niemals veräußern, sucht er einen Gutgläubigen, welchem er die Sache verkauft, um sie nach einiger Zeit zurückzuerwerben. Dieser Fall darf von unserem bisherigen Ergebnis nicht getroffen werden, er soll besonders — im § 10 der Arbeit — behandelt werden. Unser Ergebnis soll zunächst nur dann gelten, wenn der Nichtberechtigte im Augenblick der Veräußerung an den Zwischenerwerber irrigerweise annimmt, er sei Eigentümer der Sache, was durch besonders gelagerte Umstände möglich sein kann; oder wenn der Nichtberechtigte die Sache auf Grund einer mit dem ersten Geschäft in keinem Zusammenhang stehenden Rückveräußerung erwirbt. Hier kann von einer Ungerechtigkeit meines Erachtens nicht gesprochen werden, denn in der Mehrzahl aller Fälle wird der Alteigentümer in der Lage sein, sein Recht gegenüber dem jetzigen Eigentümer zu finden. Betrachten wir den Rechtsfall auf S. 1 unter Ziff. 1, so ergeben sich für den A mannigfaltige schuldrechtliche Ansprüche. Dem A steht gegen N, der die ihm übergebene Uhr unterschlagen und an den gutgläubigen Z veräußert und nach 2 Wochen von diesem zurückerworben hat

1) aus dem mit N abgeschlossenen Leihvertrage gemäß § 695 BGB ein Anspruch auf Rückgabe der Uhr zu. Beruft sich N auf sein Eigentum und verweigert er aus diesem Grunde die Herausgabe, so kann A gegen N ein Urteil auf Herausgabe der Uhr erwirken und gemäß § 283 BGB nach der Rechtskraft des Urteils dem N eine angemessene Frist zur Herausgabe mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Gibt N die Uhr während dieser Frist nicht heraus, so kann A jetzt den N auf Schadenersatz in Anspruch nehmen.

2) A kann gegen N analog §§ 280, 286 BGB einen Schadenersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung geltend machen.

3) A kann von N wegen unechter Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 687 Abs. 2, 678 BGB Ersatz des aus der Geschäftsführung entstandenen Schadens verlangen.

4) Dem A stehen ferner gegen N Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung nach § 823 Abs. 1 Satz 1 BGB wegen Verletzung des Eigentums und nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 246 RStrGB. wegen Verletzung eines den Schutz einer anderen Person bezweckenden Gesetzes zu, wenn N die Sache in Kenntnis seines Nichtrechts veräußert hatte.

Diese Schadensersatzansprüche stehen in Anspruchskonkurrenz und sind gemäß § 249 BGB auf Naturalherstellung gerichtet. A kann demgemäß nach Erlangung des Titels und der Vollstreckungsklausel und nach erfolgter Zustellung in das Vermögen des N vollstrecken, demgemäß auch die Uhr pfänden lassen. Da in der heutigen Zeit in einer öffentlichen Versteigerung ein dem wirklichen Wert der gepfändeten Sache entsprechender Erlös meist nicht zu erwarten ist, kann der A bei dem Vollstreckungsgericht gemäß § 825 ZPO den Antrag auf Uebereignung stellen, dem in den meisten Fällen stattgegeben wird. Auf diese Weise ist dem A sogar die Möglichkeit gegeben, sich die Sache wieder zu verschaffen.

Bedenken wir, daß dem A schließlich gemäß § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB, sofern N noch bereichert ist, ein Anspruch gegen N auf Herausgabe des durch die Veräußerung an Z Erlangten zusteht, — dieser Anspruch wird durch die Rückveräußerung nicht berührt, da er nach dem Gesetz mit der ersten Verfügung entsteht — so kann man von einer Ungerechtigkeit, welche durch den Rückerwerb entstehen soll, wohl nicht mehr sprechen. In den meisten Fällen wird sich der A an dem N schadlos halten können. Sollte dem A dieser Ausgleich jedoch nicht gelingen, weil N die Sache bereits wiederum weiterveräußert hat, er nicht mehr bereichert und im übrigen insolvent ist, so hat sich dann der A den ihm entstandenen Schaden selbst zuzuschreiben. Warum hat A seine Sachen einem Zahlungsunfähigen anvertraut!

§ 8. Der Rückerwerb des Nichtberechtigten im Wege der Wandlung.

Bei der Betrachtung des Problems unter diesem Gesichtswinkel müssen wir auch hier von der Feststellung ausgehen, daß der gutgläubige Zwischenerwerber durch die Verfügung des Nichtberechtigten gemäß § 932 BGB. Eigentum erworben hat. Zweifelhaft erscheint es, ob der Nichtberechtigte auch hier, wie oben, das Eigentum an der Sache erwirbt, wenn er sie auf Grund einer Verfügung des Zwischenerwerbers zurückerhält, welche in rechtlichem Zusammenhang mit dem Geschäft steht, durch das Z die Sache erworben hat. Folgender Fall mag unsere weiteren Erörterungen veranschaulichen: N, welcher der Erbe des B ist, hat in dem Nachlaß des B ein Fahrrad vorgefunden. Er veräußert es an den gutgläubigen Z, welcher dadurch das Eigentum an dem Rade erwirbt. Jetzt stellt sich auf Grund vorgefundener Papiere heraus, daß der Eigentümer A das Rad dem B in Verwahrung gegeben, N demgemäß bei dem Verkauf an Z als Nichtberechtigter verfügt hat. Wegen eines Fehlers wandelt nunmehr Z und gibt das Fahrrad an N zurück. Hier sind folgende Möglichkeiten gegeben: Den N, der ein anständiger Mensch ist, reut die Veräußerung an Z; er hätte auch, wenn er die wahre Sachlage gekannt hätte, niemals als Nichtberechtigter über das Rad verfügt. Bei der Wandlung erzählt N dem Z von seinem Mißgeschick. Da auch Z das Rad, über das N unberechtigter Weise verfügt hat, nicht gekauft hätte, wenn er von der mangelnden Berechtigung des N gewußt hätte, so wollen N und Z durch die Wandlung den A wieder zum Eigentümer machen. Es ergibt sich daher die Frage, ob N in der Lage ist, dem A das Eigentum an dem Rade un-

mittelbar wieder zuzuwenden. Man könnte hierbei an eine Verfügung von Seiten des N zu Gunsten des A denken. Dingliche Verträge zu Gunsten Dritter sind dem Gesetze unbekannt. In den §§ 328 ff. BGB finden sich lediglich die Vorschriften über Verträge mit dem Versprechen der Leistung an Dritte, man könnte daher geneigt sein, diese Vorschriften auf Verfügungen zu Gunsten Dritter analog anzuwenden. Da die analoge Anwendung einer Gesetzesbestimmung auf einen im Gesetz nicht geregelten Tatbestand aber nur in den Fällen Platz greifen kann, in denen dazu ein Bedürfnis besteht, dieses Bedürfnis aber bei der Wandlung, durch die dem A sein Eigentum wieder zugewendet werden soll, nicht besteht, so kann A durch eine Verfügung des N zu seinen Gunsten nicht in sein altes Eigentumsrecht eingesetzt werden[35]). Der Rückerwerb des Eigentums durch A wird aber dadurch bewirkt, daß N bei der Wandlung als Vertreter des A i. S. §§ 164 ff. BGB angesehen wird. Zwar handelt N bei der Abgabe seiner Erklärung, er werde das Rad für den Altberechtigten erwerben, als Vertreter ohne Vertretungsmacht, zur wirksamen Neuentstehung des Eigentums in der Person des A bedarf es aber gemäß § 177 nur noch der Genehmigung des A, die nach § 184 BGB auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurückwirkt. Erteilt A die Genehmigung, so ist sein durch die erste Veräußerung untergegangenes Eigentum im Augenblick der Vollziehung der Wandlung als neuentstanden anzunehmen.

Zu demselben Ergebnis kommt man mit derselben Begründung auch in dem Fall, daß dem Z und dem N noch im Augenblick der Wandlung die Nichtberechtigung des N unbekannt war, sie aber bei Kenntnis der Sachlage das erste Geschäft nicht vorgenommen bezw. dem A bei der Wandlung wiederum sein Eigentum übertragen hätten. Hier kann im Wege der Vertragsauslegung, da nach § 157 BGB Verträge so auszulegen sind wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, nach erfolgter Genehmigung der A ebenfalls wieder als Eigentümer angesehen werden.

In beiden Fällen ist aber, und das ist das Wesentliche, die Wiedereinsetzung des A in seine frühere Eigentümerstellung darauf zurückzuführen, daß sowohl N wie Z übereinstimmend den A wieder zum Eigentümer machen **wollen.** Der erklärte Partei**wille** ist hier maßgebend.

Ist aber der Parteiwille das Wesentliche, so folgt daraus ohne weiteres, daß Wiedererwerb des Altberechtigten dann nicht anzunehmen ist, wenn N in voller Kenntnis seines Nichtrechts das Rad an Z veräußert hatte und bei der Wandlung das Rad mit dem Willen entgegennimmt, selbst das Eigentum an dem Rade zu erwerben.

Um den A in seine alte Eigentümerstellung wieder einzusetzen, könnte man zunächst an § 138 BGB denken, wonach ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist. Auf diese Weise kann aber dem A nicht geholfen werden. Wenn tatsächlich beide Parteien, sowohl N wie Z, die Wandlung lediglich zu dem Zweck vorgenommen

---

[35]) Wolff § 11 Anm 7, § 38 Anm. 13; Ewald a. a. O. S. 242.

haben, den A zu schädigen, so kann daraus eine Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts nicht hergeleitet werden. Denn für die Anwendbarkeit des § 138 ist es nicht ausreichend, daß die Absicht, welche dem Rechtsgeschäft zu Grunde liegt, einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält. „Insbesondere machen Motiv und Zweck (sofern sie nicht als Rechtsgrund oder Bedingung in das Geschäft aufgenommen sind) für sich allein das Geschäft nicht zu einem sittenwidrigen, sondern nur, wenn sie auch das Geschäft selbst beeinflußt haben, wenn also auf Inhalt, Motiv, Zweck und den zur Zeit des Geschäftsabschlusses vorliegenden Umständen sich ein unsittlicher Charakter des Geschäfts ergibt“[36]. Da im Falle der zum Zweck der Schädigung des A vorgenommenen Wandlung nur das Motiv der Parteien unsittlich ist, so kann daraus eine Nichtigkeit des ganzen Geschäfts, wodurch A wieder Eigentümer seiner ursprünglich ihm gehörigen Sache würde, nicht hergeleitet werden. Dem unsittlichen Motiv entspringt nur ein neuer Schadensersatzanspruch des A aus § 826 BGB.

Planck[37]) will den A auf Grund der Wandlung in seiner alten Eigentümerstellung sehen und begründet seine Ansicht, indem er davon ausgeht, daß die Verpflichtung des wandelnden Käufers, da § 346 BGB lediglich von „zurückgewähren“ spreche, gar nicht auf Verschaffung des Eigentums, sondern auf Wiederherstellung des früheren Zustandes durch Rückgabe der Sache gehe. Eine Verpflichtung des Käufers, dem Verkäufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen, bestehe gar nicht, könne auch den §§ 346 ff., nach denen sich die Wandlung vollzieht, nicht entnommen werden. Der wandelnde Käufer habe lediglich dafür aufzukommen, daß die Sache inzwischen nicht mit fremden Rechten belastet sei und müsse daher das Eigentum, welches er selbst gutgläubig erworben hat, aufgeben („gewissermaßen an den, wen es angeht“). Dieser Argumentation Plancks ist nicht zu folgen. Abgesehen von einer großen inneren Schwäche enthält sie auch rechtliche Fehler.

Die innere Schwäche dieser Begründung ist in folgendem zu erblicken: Bestände für den wandelnden Käufer die Verpflichtung, das Eigentum an der Sache aufzugeben, so würde daraus folgen, daß die Sache im Augenblick der Eigentumsaufgabe, da jetzt weder der Zwischenerwerber noch der Altberechtigte noch der Nichtberechtigte Eigentümer ist, als herrenlos anzusehen ist. Diesen Zustand könnte sich nun der Nichtberechtigte zunutze machen und sich durch Aneignung gemäß § 958 BGB in das Eigentum der Sache setzen. An diese Möglichkeit hat Planck offenbar nicht gedacht, mit dieser Begründung kann A daher nicht wieder Eigentümer der Sache werden.

Andererseits beruht Plancks Argumentation auf einer unzutreffenden Auslegung der Vorschriften über den Rücktritt vom Vertrage. Die Wirkung des Rücktritts ist im § 346 BGB dahin bestimmt, daß die Parteien **verpflichtet** sind, einander die empfangenen Leistungen zurückzuge-

[36]) Enneccerus I, 1 § 178 II, 1.
[37]) Erl. 4 zu § 932.

währen. Durch den erklärten Rücktritt wird das Schuldverhältnis zum Erlöschen gebracht und daraus folgt die Verpflichtung der Parteien zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen. Diesen gegenseitigen Ausgleich hätte das Gesetz auf verschiedenen Wegen erreichen können. Das Gesetz hätte für den Ausgleich beim Rücktritt, wie bei der Anfechtung, den Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zu Grunde legen können. Ferner hätte es bestimmen können, daß der Rücktritt als auflösende Bedingung des Vertrages i. S. § 158 Abs. 2 aufzufassen wäre, daß demgemäß mit dem Eintritt der Bedingung, d. h. mit der Erklärung des Rücktritts, die frühere Rechtslage ohne weiteres wieder eintreten würde und so dem Rücktritt dingliche Wirkung beigelegt wäre. Das Gesetz hat sowohl von der einen wie von der anderen Möglichkeit Abstand genommen und die Parteien auf die Geltendmachung eines rein persönlichen Anspruchs verwiesen, indem es bestimmt hat, die Parteien sind zur Rückgewährung des gegenseitig Geleisteten verpflichtet. Diese Verpflichtung bewirkt aber lediglich das Entstehen eines gesetzlichen Schuldverhältnisses und ändert grundsätzlich an den Eigentumsverhältnissen nichts. Diese Auslegung des § 346 BGB entspricht der in der Literatur durchaus herrschenden[38]). Diese Auffassung und Auslegung des § 346 stützt sich auch auf die Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofes. In der Entscheidung Bd. 108 S. 27 führt das RG aus: „Denn selbst wenn man auf Grund des Briefes des Klägers die Wandlung als vollzogen ansehen will, handelt es sich lediglich um ein schuldrechtliches Abkommen, weches dingliche Wirkungen nicht erzeugen konnte. Gemäß §§ 467, 346 BGB ist das ursprüngliche Vertragsverhältnis beseitigt und an seine Stelle tritt das Schuldverhältnis aus § 346, nämlich die Verpflichtung der Parteien, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren."

Jeder noch bestehende Zweifel wird aber behoben, wenn man auf folgenden, m. E. schwächsten Punkt der Planckschen Argumentation eingeht. Planck spricht von einer „Eigentumsaufgabe zu Gunsten dessen, den es angeht". Diese Eigentumsaufgabe den es angeht, ist also nach Planck als eine Willenserklärung aufzufassen, welche den Altberechtigten unmittelbar in seine frühere Eigentümerstellung einsetzen soll. Es ergibt sich, wobei ganz außer Betracht beiben soll, daß, wie unten dargelegt ist, der Wille des Zwischenerwerbers in den meisten Fällen gar nicht auf die Wiederberechtigung des A gerichtet sein wird, daher die prinzipielle Frage, ob eine Willenserklärung, in dieser Unbestimmtheit abgegeben, Rechtswirkungen hervorzurufen überhaupt in der Lage ist. Diese Frage ist mit Manigk[39]) **zu verneinen**. Manigk, welcher an dieser Stelle von der indirekten Stellvertretung spricht, führt aus, daß die dinglichen Wirkungen des Geschäfts in dem Falle, daß der Vertreter seine Vertretereigenschaft seinem Vertragsgegner nicht offenbart, ihn auch davon nicht konkludent in Kenntnis setzt, von diesen nicht erklärten kausalen Umständen

---

[38]) Vergl. Staudinger § 467 I 2a; Oertmann § 467 1a Abs. 3; Jur. W. 1903, Beil. S. 179 Nr. 181; Komm. v. R. G. R. § 346 Anm. 3.

[39]) Willenserklärung und Willensgeschäft § 101 S. 465 ff.

in keiner Weise abhängig gemacht werden könnten. Lediglich der Umstand, daß der Vertreter bevollmächtigt und auch obligatorisch verpflichtet gewesen sei, in fremdem Namen zu handeln, könne unmittelbare Rechtswirkungen zu Gunsten des Vertretenen nicht erzeugen. Es ginge daher nicht an, die Erheblichkeit jener internen Rechtsverhältnisse für die Wirkungen des Vertretergeschäfts anzunehmen, da man mit dieser Annahme gegen ein Grundprinzip der Rechtsgeschäftslehre verstoße. „Auch wer", sagt Manigk, „etwa in Erfüllung eines Kaufs Eigentum an einen nach außen im eigenen Namen handelnden Vertreter überträgt, überträgt es damit nicht etwa auf Grund der ihm zwar unbekannt gebliebenen kausalen Beziehungen seines Gegners zu einem Mandanten auf den Letzteren. Selbst wenn man im konkreten Falle sagen dürfte, daß es dem Tradenten gleichgültig wäre, ob er an den Akzeptanten oder dessen Geschäftsherrn übertrüge, so kann von dieser allein in der Person eines Kontrahenten vorliegenden seelischen Tatsache der Gleichgültigkeit niemals eine Vertragswirkung abhängig gemacht werden." Denn, wer zum Einkauf von Wertpapieren bevollmächtigt und berechtigt sei, könne im konkreten Fall die Wertpapiere für sich erwerben wollen. Da er hier in Ausführung seines wahren Willens handelt, so können die Rechtsfolgen auch nur in seiner Person eintreten. Mit Recht sagt Manigk: „Wie verfehlt wäre es, etwa wegen der Gleichgültigkeit und Uninteressiertheit des Verkäufertradenten die erworbenen Wertpapiere um jenes Mandats willen direkt ins Eigentum des Mandanten übergehen zu lassen." Mit diesen zutreffenden Ausführungen kommen wir gleichzeitig zur Lösung unserer oben aufgeworfenen Frage, nämlich zu der Feststellung, daß nur die Willenserklärung Rechtsfolgen hervorzurufen in der Lage ist, welche mit der Absicht der Kundgebung des Willens, in voller Kenntnis der Rechtslage und in Beziehung auf eine bestimmte Person und in voller Uebereinstimmung des Willens beider Kontrahenten abgegeben wird. Einer Eigentumsaufgabeerklärung für Rechnung, wen sie angeht, ist die rechtliche Wirksamkeit abzusprechen. Durch eine derartige Erklärung kann jemand, der dem Erklärenden überhaupt nicht bekannt ist, mangels ihrer Bestimmtheit nicht berechtigt werden.

Diese Begründung Plancks des Rückerwerbs des Altberechtigten mit der Eigentumsaufgabe mit der beliebigen Adresse „wen es angeht" entspricht aber auch nicht dem tatsächlichen Vorgange bei der Wandlung zwischen Z und N. Sie beruht vielmehr auf einer m. E. vollkommenen Verkennung des Vorganges, wie er sich im täglichen Leben abzuspielen pflegt. Gehen wir noch einmal auf den Zeitpunkt zurück, in dem Z von N das Eigentum erworben hat, so haben wir bereits oben dargelegt, daß Z auf Grund seines guten Glaubens in Verbindung mit dem an den Besitz des N geknüpften Rechtsschein Eigentümer der Sache geworden ist. Was ist aber guter Glaube? Das Gesetz sagt negativ im § 932 Abs. 2: Der Erwerber ist nicht im guten Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Positiv ausgedrückt ist also der gute Glaube als die nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis des mangelnden Eigentums

des Veräußerers zu bestimmen. Nur der gute Glaube an das Eigentum des Veräußerers wird geschützt, nicht etwa der Glaube an die Geschäftsfähigkeit des Veräußerers oder der Glaube daran, daß der Veräußerer über die Sache als über eine fremde zu verfügen berechtigt sei. Z hält daher den N bei dem Verkauf der Sache für den Eigentümer. Dieser Ansicht wird Z im Augenblick der Wandlung ebenfalls sein. Sieht er aber in N den Eigentümer der Sache, so wird er auf Grund der Wandlung dem N die Sache mit dem Willen zurückgeben, auf N das Eigentum zurückzuübertragen. So wird sich doch der Vorgang im täglichen Leben abspielen. Daß es dem Z gleichgültig sein sollte, ob N oder ein beliebiger Dritter Eigentümer der Sache werden wird, davon kann m. E. keine Rede sein. Diese Auffassung widerspricht dem Wesen des gutgläubigen Erwerbs und seinen Grundlagen. Die Grundlage des Erwerbs des Z ist sein guter Glaube an das Eigentum des N. Es ist nun aber nicht einzusehen, auf Grund welcher Umstände Z im Augenblick der Wandlung in N nicht mehr den früheren Eigentümer sehen soll. Sieht aber Z in N im Augenblick der Wandlung den Eigentümer, so gibt er dem N die Sache mit dem Willen zurück, das Eigentum auf N zurückzuübertragen. Hat N bei der Entgegennahme der Sache den Willen, die Sache zu Eigentum zu erwerben, so ist er auf Grund der erfolgten Einigung und Uebergabe gemäß § 929 BGB Eigentümer der Sache geworden.

Aus diesen soeben dargelegten Gründen scheidet auch die Konstruktion Cohns (Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht) für die Einsetzung des Altberechtigten in seine frühere Eigentümerstellung aus. Bei der dogmatischen Darlegung seiner Lehre führt Cohn aus[40]), daß von einem rechtsgeschäftlichen Handeln für denjenigen, den es angeht, nur dann gesprochen werden könne, wenn ausdrücklich oder stillschweigend, jedenfalls aber „erkennbar", „für denjenigen, den es angeht", gehandelt worden sei. Im Anschluß hieran bestimmt Cohn das Handeln für denjenigen, den es angeht, als „ein rechtsgeschäftliches Handeln unter Offenhaltung der Person des an dem Rechtsgeschäft beteiligten Subjekts"[41]). Später legt er dar, daß „eine derartige Offenhaltung nur in den Fällen gewollt sein kann, in denen sich dem Vertrag nicht entnehmen läßt, daß die Uebereignung an eine bestimmte Person erfolgen sollte"[42]). Wenn sich demgemäß in gewissen Fällen dem Kausalvertrage nicht entnehmen ließe, für wen die übereignete Sache bestimmt sei, so sei grundsätzlich davon auszugehen, daß bei derartigen Verträgen die Bestimmung des Geschäftsherrn demjenigen zustehen sollte, der für den erst zu bestimmenden Geschäftsherrn aufgetreten sei[43]).

Diese Konstruktion des rechtsgeschäftlichen Handelns für denjenigen, den es angeht, wird unbedenklich anzuerkennen sein. Das umso mehr, als sie m. E. in keiner Weise den Prinzipien der Lehre von den Rechts-

---

[40]) Cohn, Ernst, Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, S. 7, 8.
[41]) a. a. O. S. 12, 13.
[42]) a. a. O. S. 161.
[43]) a. a. O. S. 165.

geschäften widerspricht. Aber auch vom Standpunkt dieser Konstruktion ist ein Rückerwerb des Altberechtigten nicht anzuerkennen, da von einer Offenhaltung der Person, welche berechtigt werden soll, keine Rede sein kann, wenn der Nichtberechtigte im Falle der Wandlung die Sache von dem Z mit dem Willen entgegennimmt, selbst das Eigentum an ihr zu erwerben.

Wohl aber kann der Altberechtigte mit Hilfe dieser Konstruktion dann wieder berechtigt werden, wenn N — wie in den im § 8 der Arbeit genannten Fällen — unmittelbar nach der Veräußerung feststellt, daß er die Sache fälschlicherweise für sein Eigentum hielt und im Augenblick der Wandlung den wahren Eigentümer noch nicht kennt und den Altberechtigten wieder zum Eigentümer machen will. Aber nur in diesen Fällen kann dieser Rückerwerb anerkannt werden, in denen N den Willen hat, den Altberechtigten in seine frühere Eigentümerstellung wieder einzusetzen.

In den Fällen jedoch, in denen N diesen Willen nicht hat, im Gegenteil die Sache mit dem Willen, selbst Eigentum an ihr zu erwerben, entgegennimmt, muß ein Rückerwerb des N, da alle Voraussetzungen des § 929 BGB gegeben sind, bejaht werden. Denn gegen die klare und eindeutige Konstruktion kann auch nicht geltend gemacht werden, sie widerspräche dem Geiste des Gesetzes, die Rechtslage könne bei Rücktritt und Wandlung nicht anderes gestaltet werden, wie bei auflösender Bedingung und Anfechtung[44]). Denn, wenn N das Rad des A dem gutgläubigen Z auflösend bedingt übereignet hätte, so wäre bei Eintritt der Bedingung A wieder Eigentümer geworden. Ebenso wäre A wieder Eigentümer geworden, wenn die Uebereignung an Z anfechtbar gewesen und von Z angefochten wäre. Daher müsse auch bei der Wandlung, da hier der Rückerwerb im vorangegangenen Erwerb seine rechtliche Grundlage hat, der frühere Zustand hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse als wiederhergestellt gelten. Abgesehen davon, daß das Institut der Anfechtung und der Bedingung einerseits und der Wandlung andererseits nicht den gleichen gesetzlichen Normen zu unterstellen ist, lassen alle oben dargestellten Erwägungen vermissen, wie sich der Rückerwerb des Altberechtigten gestalten soll. Das Eigentum des A ist durch den gutgläubigen Erwerb seitens des Z definitiv untergegangen. Wie soll dieses frühere Eigentum des A wieder aufleben? Gemäß § 929 kann dies nur geschehen durch Einigung und Uebergabe. Aber weder an der Einigung noch an der Uebergabe nimmt A teil. Eine Willenserklärung, welche rechtliche Wirkungen für einen beliebigen Dritten hervorrufen soll, ist mit Manigk abzulehnen. Alle Erwägungen, welche den A in seine alte Eigentümerstellung setzen sollen, sind typische Billigkeitserwägungen. Gegenüber dem Willen des Z, der, wie wir oben gesehen haben, in fast allen Fällen in N, zwar irrigerweise, den früheren Eigentümer sieht, bei der Wandlung das Eigentum auf N zurückzuübertragen und dem Willen des N, das Eigentum an der Sache für sich zu erwerben, können lediglich Billigkeitserwägungen nicht Platz greifen. Dieser Ansicht ist ferner ent-

---

[44]) So Düringer-Hachenburg Vorbem. zu §§ 366, 367 H. G. B. Anm. 31.

gegen zu halten, daß jeder beliebige Dritte im Falle der Verarbeitung nach § 950 BGB das Eigentum an der hergestellten Sache erwirbt, und für diesen Erwerb die Gut- oder Bösgläubigkeit des Verarbeiters auf die dingliche Rechtslage ohne Einfluß ist. Auch hier ist der Eigentümer gemäß § 951 BGB lediglich auf schuldrechtliche Ansprüche verwiesen. Man mag den A ob seines Eigentumsverlustes bedauern, wie man jeden bedauert, der einen Verlust erleidet. Daraus aber die Folgerung zu ziehen, A sei wiederum Eigentümer der Sache, wäre vollständig verfehlt. Gegenüber der lückenlosen logischen Rechtskonstruktion müssen Erwägungen, die lediglich der Billigkeit entspringen, zurücktreten. Aus diesen Gründen kommen wir auch im Falle der Wandlung zur Anerkennung des Rückerwerbes des Nichtberechtigten. Von Unbilligkeiten kann man nicht einmal sprechen, da auch hier dem A gegen N die oben dargestellten obligatorischen Ansprüche zustehen, auf Grund deren der dem A entstandene Schaden ausgeglichen wird, denn daß N als Verwahrer, Mieter und Entleiher dem A das Fahrrad herauszugeben verpflichtet ist, auch wenn er Eigentümer des Rades geworden ist, bedarf keiner weiteren Darlegung.

Daher ist auch im Falle der Wandlung der Rückerwerb des Nichtberechtigten als rechtswirksam anzuerkennen.

§ 9. Der Rückerwerb des Nichtberechtigten auf Grund eines vorangegangenen fiduziarischen Rechtsgeschäftes.

Bei der Erörterung unseres Problems unter diesem Gesichtswinkel bedarf es zunächst einer Untersuchung des Wesens des fiduziarischen Geschäfts überhaupt. Für die Entscheidung ist diese Untersuchung insofern von ausschlaggebender Bedeutung, als die Rechtsstellung des Fiduziars, wie sie sich grundsätzlich beim fiduziarischen Rechtsgeschäft gestaltet, auf den Rückerwerb entscheidenden Einfluß hat. Das fiduziarische Rechtsgeschäft, wie es heute am häufigsten in der Gestalt der Eigentumsübertragung zu Verwaltungszwecken oder zur Sicherung einer Forderung und der Gestalt der Inkassozession in Erscheinung tritt, war schon dem römischen Recht bekannt[45]). Wegen des Fehlens eines dinglichen Rechts, sich mittels einer Sache für eine Forderung zu befriedigen, benutzte das römische Recht, um dem Bedürfnis nach dinglicher Sicherung von Forderungen genüge zu tun, Rechtsgeschäfte, welche vom wirtschaftlichen Standpunkt aus gesehen den Erfolg einer Pfandbestellung (nämlich die Sicherung einer Forderung durch eine Sache) hatten. Das römische Recht kannte in dieser Beziehung das Verfallpfand[46]), d. h. das gegebene Pfand verfiel dem Gläubiger zu Eigentum, wenn der Schuldner seiner Zahlungsverpflichtung nicht nachkam. Dieser Verfall bedurfte keiner besonderen Vereinbarung, er war im Wesen des Pfandrechts begründet. Im Anschluß an das Verfallspfand entwickelte sich die fiducia des jus civile[47]). Das

[45]) Manigk in H. d. R. S. 455 ff.
[46]) Manigk, Pfandrecht in H. d. R. S. 461.
[47]) Manigk, Pfandrecht in H. d. R. S. 462 f.

Wesen der fiducia bestand darin, daß der Kreditsuchende dem Gläubiger durch mancipatio oder in jure cessio eine oder mehrere Sachen zur Sicherung einer Forderung zu Eigentum übertrug mit der Abrede des pactum fiduciae, daß er die Sachen nur zu treuen Händen — fiduciae causa — erhalte und nach Tilgung der Schuld zur Rückübertragung der Sachen verpflichtet sei. Da der Gläubiger das volle Eigentum an der Sache erhielt, war er schon hierdurch völlig sichergestellt. Außerdem stand aber dem Gläubiger noch ein mit der actio fiduciae contraria persönlich gegen den Schuldner auf Zahlung durchsetzbares Klagrecht zu. Bedenkt man, daß die dem Gläubiger aus dem pactum fiduciae auf Rückgabe der Sache gerichtete Verpflichtung lediglich schuldrechtlichen Charakter hatte, so ergibt sich, daß der Schuldner seinen Kredit hat teuer erkaufen müssen, und der römische Treuhänder eine den gesetzten Zweck weit überschießende Rechtsmacht hat[48]).

Im deutschen Recht bestand die Treuhänderschaft in der Gestalt des „Salmann", dessen Rechtsstellung von Heusler[49]) folgendermaßen bestimmt wird: „Salmann heißt der die Tradition, d. h. die Sale eines Gutes durch den Eigentümer vermittelnde Zwischenmann. Er dient zunächst der Ermöglichung von Zuwendungen auf den Todesfall, erst in zweiter Linie, aber allerdings früh genug ist die Verwendung des Salmannen auch bei Uebertragungen, deren sofortiger Vollzug beabsichtigt war, zugelassen worden." „Der Mittelsmann erhält das Gut zu getreuer Hand — und er heißt davon selbst Treuhänder — das will nicht sagen eine Person, deren Gewissenhaftigkeit aber damit deren Willkür der Tradent auf Gnade und Ungnade verfallen ist, sondern eine Person, deren Gewalt über die Sache von vornherein im Sinne einer Vertrauensstellung normiert ist." Im Gegensatz zu der fiducia des römischen Rechts erhält der Treuhänder im deutschen Recht also eine nicht so weitgehende Rechtsmacht. Der Treugeber hat sich hier nicht vollständig in die Hand des Treuhänders begeben, ihm verbleibt vielmehr eine Rechtsmacht, auf Grund deren er sogar gegen Dritte vorgehen kann, wenn der Treuhänder seine Rechtsmacht abredewidrig mißbraucht[50]). Auch bei dem deutschrechtlichen Treuhandgeschäft besteht neben der dinglichen Gebundenheit die obligatorische, in solenner Weise durch fides facta erfolgte Verpflichtung die übernommene Aufgabe, welche in der Rückübertragung des Gutes unter bestimmten Voraussetzungen, der Weiterübertragung u. a. bestehen kann, zu erfüllen. Aus diesen Darlegungen ergibt sich, daß beide Institute sowohl die fiducia des römischen Rechts wie die deutschrechtliche Treuhänderschaft, die Uebertragung einer Rechtsmacht gemeinsam haben, sie sich aber andererseits insofern unterscheiden, als die Rechtsmacht bei jener eine weit größere, ja vollkommene ist, was bei dieser nicht der Fall ist. Auf Grund dieser dem Einzelfall besser anzupassenden Gestaltung der Treuhänderschaft, wie sie das deutsche Recht getroffen hat, könnte man

[48]) A. Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, S. 10.
[49]) Institutionen Bd. 1 S. 215 ff.
[50]) Vergl. Heusler, Institutionen Bd. 1 S. 218 ff.

daher geneigt sein, auf ihrer Grundlage das fiduziarische Geschäft, da dieses im Gesetz nicht geregelt ist, zu gestalten. Daher äußert sich auch Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, am Schluß seiner Ausführungen: „Die Möglichkeit, seine Interessen einem Anderen anzuvertrauen, ohne sie jedoch schrankenlos hinzugeben, die Möglichkeit, Treue zu schenken, ohne doch jeden Schutzes gegen Untreue zu entbehren, bietet einen anderen Anreiz zur Verwendung der Treuhänderschaft, als ihn das fiduziarische Geschäft im Sinne des römischen Rechts mit der notwendig unbeschränkten zwecküberschießenden Rechtsmacht des Fiduziars bieten konnte. Vor solcher Möglichkeit wird das römisch-fiduziarische Geschäft sich auf ganz besonders gelagerte Einzelfälle zurückziehen müssen". Auf Grund dieser Erwägungen kommt daher Schultze für die Treuhandgeschäfte, wie sie heute vorzukommen pflegen, zu dem Schluß: „Bei der Auslegung der Parteiabsicht streitet die Vermutung für die deutsche Treuhänderschaft."

Dieses geschichtliche Auseinandergehen der Treuhand- und fiduziarischen Geschäfte darf uns nicht dazu verleiten, in ihnen zwei voneinander verschiedene Rechtsinstitute zu sehen. Da beide Institute eine gesetzliche Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht gefunden haben, sollten uns die geschichtlichen Grundlagen mit ihnen vertraut machen, um von ihnen ausgehend, das fiduziarische Geschäft, wie es sich heute herausgebildet hat, zu bestimmen. Für das fiduziarische Geschäft in unserm Zusammenhange kann aber nur die rechtliche Struktur maßgebend sein, in der es heute vorzukommen pflegt. Dafür sollte uns die geschichtliche Entwicklung ein Fingerzeig sein, abzuleiten ist jedoch das fiduziarische Geschäft mangels einer gesetzlichen Regelung von seinem Wesen, seinem Zweck und der Gestaltung, welche es in unserem Verkehrsleben gefunden hat. Was verstehen wir unter einem treuhand-fiduziarischen Geschäft? Wie schon der Name sagt, verstehen wir darunter ein Rechtsgeschäft, durch welches jemand — der Treugeber oder Fiduziant — einem anderen — dem Treunehmer oder Fiduziar — ein Recht zur Erreichung eines bestimmten Zweckes zu treuen Händen in dem Vertrauen überträgt, daß der Fiduziar über das ihm übertragene Recht nur in bestimmter Weise verfügen werde. Als häufigster Anwendungsfall des fiduziarischen Geschäfts hat sich im Verkehrsleben die Inkassozession und die Sicherungsübereignung herausgebildet. In unserem Zusammenhange interessiert uns nur die Sicherungsübereignung. Bei ihr überträgt der Schuldner, der Fiduziant, seinem Gläubiger, dem Fiduziar, zur Sicherung einer Forderung eine oder mehrere Sachen zu Eigentum mit der Abrede, daß der Fiduziar unter gewissen Umständen zur Rückübereignung der Sache an den Fiduzianten verpflichtet sei. Wir haben also auch im geltenden Recht, nach dem Vorbild der römischen fiducia, eine Gestaltung des fiduziarischen Geschäfts, welche den mit ihr verfolgten wirtschaftlichen Zweck, die Sicherung einer Forderung, weit überschreitet. Wegen dieses Mißverhältnisses zwischen Zweck und Erfolg ist das fiduziarische Geschäft in der Literatur häufig als simuliert und daher als nichtig bezeichnet worden. Ohne auf die für und wider geltend gemachten Gründe einzugehen, sei hier

bemerkt, daß die Rechtsfolgen von den Parteien wirklich gewollt sind und dem fiduziarischen Rechtsgeschäft ist, sofern es nicht in der Absicht, die Gläubiger durch Uebertragung des gesamten Vermögens zu schädigen, vorgenommen wird, und daher wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist, daher volle Rechtswirksamkeit beizumessen. Der Fiduziar soll Eigentümer der zur Sicherheit übertragenen Sachen werden. Die Uebertragung der Sachen erfolgt im Wege eines Leistungsgeschäfts[51]), sie richtet sich bei beweglichen Sachen lediglich nach den Vorschriften der §§ 929 ff. BGB und weicht in keiner Weise von jeder anderen Eigentumsübertragung ab. Die Uebertragung des Grundstückseigentums zu Treuhandzwecken unterfällt den Bestimmungen der §§ 873, 925 ff. BGB. Neben dieses Leistungsgeschäft tritt ein Verpflichtungsgeschäft[52]), durch welches dem Fiduziar die Verpflichtung auferlegt wird, die übertragenen Sachen nur in der festgelegten Weise und nur zur Erreichung des erstrebten wirtschaftlichen Zweckes zu verwenden und sie nach Erreichung dieses Zweckes an den Fiduzianten zurückzugeben. Diese Pflichten des Fiduziars gegenüber dem Fiduzianten tragen rein obligatorischen Charakter. Nach Beendigung bezw. nach Erreichung des mit dem fiduziarischen Geschäft erstrebten Zwecks fällt demnach das übertragene Eigentum nicht von selbst an den Fiduzianten zurück, dieser hat gegen den Fiduziar lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Rückübereignung der Sache. Aus dieser rein obligatorischen Verpflichtung des Fiduziars gegenüber dem Fiduzianten gewisse Verfügungen vorzunehmen oder zu unterlassen und das ihm anvertraute Recht unter Umständen zurückzuübertragen, ergibt sich, daß die Rechtsstellung des Fiduziars gegenüber Dritten dadurch grundsätzlich ebenso wenig beeinflußt wird, wie ein sonstiger Eigentümer in seinem Rechte dadurch beschränkt wird, daß er in bezug auf seine Sache Dritten gegenüber Verpflichtungen eingegangen ist. Diesen Verpflichtungen ist, da sie nur obligatorischer Natur sind, lediglich relative Wirksamkeit beizumessen, auf die vollkommene Rechtsstellung des Fiduziars vermögen sie keinen Einfluß auszuüben. Grundsätzlich ist demgemäß die Rechtslage bei dem fiduziarischen Rechtsgeschäft dahin zu bestimmen daß die fiduziarische Uebertragung den vollen Rechtserwerb des Fiduziars und den korrespondierenden Rechtsverlust des Fiduzianten zur Folge hat. Diese Betrachtungen ergeben, daß das heutige fiduziarische Geschäft der römischen fiducia nachgebildet ist.

Eine derartige Gestaltung eines Rechtsinstituts, auf Grund deren der Fiduziant der Gnade oder Ungnade des Fiduziars vollkommen überliefert ist, und welche den Fiduziar in die Lage versetzt, den Fiduzianten in beliebiger Weise zu schädigen, kann nicht befriedigen. Es ergibt sich daher die Frage, ob dem Fiduzianten eine Möglichkeit gegeben ist, seine Stellung zum Fiduziar freier zu gestalten, und ihn in die Lage versetzt, sich vor den größten Nachteilen zu schützen. Man könnte zunächst daran denken, dem Fiduziar ein besonders geartetes, mit gewissen Beschränkungen versehe-

---

[51]) Fischbach S. 133.
[52]) Fischbach S. 133.

nes Eigentum zu übertragen. Diese Möglichkeit scheitert jedoch an dem unser Sachenrecht beherrschenden numerus clausus, durch welchen den Parteien die Uebergehung der im Sachenrecht des BGB. ausschließlich aufgezählten dinglichen Rechte und dem Fiduziar ein dingliches Recht besonderer Art zu übertragen unmöglich gemacht wird. Zum anderen widerspräche auch eine Beschränkung des Eigentums in der Weise, daß gewisse Rechtswirkungen bei dem Fiduzianten verblieben, dem Wesen des Eigentums. Der Fiduziar erhält durch die Uebertragung volles Eigentum, dieses ist aber, außer den gesetzlichen, jeglichen auf Grund freier Parteivereinbarung getroffenen Beschränkungen entzogen. Ebensowenig kann eine Besserung der Rechtsstellung des Fiduzianten dadurch herbeigeführt werden, daß dem Fiduziar lediglich eine Miteigentümerstellung eingeräumt würde, da durch sie eine selbständige Rechtsstellung des Fiduziars nicht herbeigeführt würde, welche aber in gewissen Fällen des fiduziarischen Geschäfts, z. B. dem zu Verwaltungszwecken erreicht werden soll.

Es ist das Verdienst A. Schultzes[53]), im Anschluß an die deutschrechtliche Treuhänderschaft auf die Möglichkeit der dinglichen Sicherung des Fiduzianten durch eine dem fiduziarischen Rechtsgeschäft hinzugefügte auflösende Bedingung hingewiesen zu haben. Durch die Hinzufügung der Bedingung, daß der Fiduziant in seine alte Eigentümerstellung wieder einrücken sollte, wenn der Fiduziar seine Rechte pflichtwidrig verletzt, wenn er insbesondere über die Sache verfügt, ist die Möglichkeit gegeben, daß mit dem Eintritt der Bedingung die für diesen Fall beabsichtigte Wirkung von selbst eintritt, ohne daß es der erneuten Vornahme des Rechtsgeschäfts bedarf.

Hier interessiert uns in erster Linie die Uebereignung beweglicher Sachen im Wege des fiduziarischen Geschäfts. Bei ihr kann die Zulässigkeit einer Bedingung nicht zweifelhaft sein. Der Ansicht Schotts[54]), welche sich gegen die Zulassung auflösend bedingter Eigentumsübertragung wendet, ist nicht zu folgen. Schott führt aus: „Jedoch der Hauptgrund gegen die Zulässigkeit einer solchen Resolutivbedingung bleibt der, daß durch sie genau der Tatbestand geschaffen würde, dem der § 137 die Rechtswirksamkeit versagen will. Die Bestimmung des § 137 will verhüten, daß jemand Vermögensstücke und so schließlich sein ganzes Vermögen außer Verkehr setzen und damit den Zugriffen seiner Gläubiger entziehen könne". Dieser Hauptgrund Schotts ist nicht stichhaltig. Denn im Falle der resolutiv-bedingten Uebertragung des Eigentums auf den Fiduziar verliert dieser im Falle unerlaubter Veräußerung oder im Falle der Zwangsvollstreckung sein Recht oder seine Treuhänderstellung, während der durch das Veräußerungsverbot Gebundene im Falle des § 137 das Recht behalten muß[55]). Ferner erkennt das Gesetz die bedingte Uebereignung beweglicher Sachen ausdrücklich an. Das ist namentlich im Erb-

---

[53]) Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, Jher. Jahrb. Bd. 43 S. 1 ff.
[54]) Ueber Veräußerungsverbote und Resolutivbedingungen im bürgerlichen Recht S. 331.
[55]) Schöny S. 65.

recht der Fall, z. B. im § 2139 BGB für das Eigentum des Vorerben an der Erbschaft und sogar ein Eigentum mit der Auflösung ex tunc im Falle des § 1953 BGB. Die Eigentumsübertragung unter aufschiebender Bedingung ist ferner im § 455 BGB anerkannt. Die bedingte Uebereignung beweglicher Sachen kann demgemäß nicht zweifelhaft sein. Bei der Auflassung von Grundstücken ist jedoch kraft gesetzlicher Ausnahmevorschrift (§ 925) die Hinzufügung einer Bedingung unzulässig. Durch argumentum e contrario ist auch hieraus auf die Zulässigkeit der bedingten Eigentumsübertragung in anderen Fällen zu schließen. Was im übrigen die bedingungsfeindliche Auflassung von Grundstücken anlangt, so ist hier dem obligatorischen Rückforderungsrecht dingliche Sicherung durch Eintragung einer Vormerkung (§ 883 Abs. 1 Satz 2 BGB) zu verschaffen. Auch das Reichsgericht hat die Zulässigkeit der Uebertragung von Rechten mit auflösend bedingter Berechtigung bejaht und anerkannt, daß die Rechtsmacht des Gläubigers unter Bedingung gestellt sein kann[56]). Dem Fiduzianten ist demgemäß durch die resolutiv-bedingte Gestaltung des fiduziarischen Geschäftes die Möglichkeit gegeben, sich vor den ärgsten Schädigungen von Seiten des Fiduziars zu schützen, da gemäß § 158 Abs. 2 BGB der Bedingung dingliche Wirkung beizumessen ist. Voraussetzung für das Eintreten des früheren Zustandes ist aber immer, daß die Bedingung in das Geschäft aufgenommen oder doch den Umständen zu entnehmen ist, daß die Uebereignung nur als bedingte und zwar als resolutiv-bedingte gewollt ist[57]). Die Vermutung, wie sie Schultze annimmt, daß das fiduziarische Eigentum immer als resolutiv-bedingtes aufzufassen sei, ist daher, wie sich aus dem Dargelegten ergibt, nicht als selbstverständlich anzuerkennen.

Wenden wir die so gefundenen Ergebnisse auf unser Problem an, so ergibt sich daraus folgende Rechtslage. Wir gehen wieder von einem praktischen Fall aus: N, der eine Sache des A in seinem Besitz hat, übereignet sie dem Z zur Sicherheit für eine Forderung mit der Abrede, daß Z zur Rückgabe nach Tilgung der Schuld verpflichtet sei. Durch diese Übertragung, welche den Vorschriften d. §§ 929 ff. BGB unterliegt, erwirbt Z das vollkommene Eigentum an der Sache. Der Eigentumserwerb auf Seiten des Z hat begriffsnotwendig den korrespondierenden Verlust auf Seiten des A zur Folge. Es ergibt sich daher die Frage, ob dem A eine Möglichkeit gegeben ist, sich gegen diesen Verlust zu schützen bezw. sich wieder in das Eigentum an der Sache zu setzen. Die Hinzufügung einer Bedingung nützt dem A nichts, da sie nur Rechtswirkungen in dem Verhältnis des Fiduzianten N zu dem Fiduziar Z hervorrufen kann. Man wird zunächst wie bei jedem gutgläubigen Erwerb daran denken, dem A mit Hilfe des § 816 Abs. 1 BGB seine alte Eigentümerstellung wieder zu verschaffen. Weber[58]) sagt: Wenn der nichtberechtigte Fiduziant dem gutgläubigen Fiduziar eine Sache zwecks Eigentumsübertragung tradiert.

---

[56]) R. G. Bd. 55 S. 394; vergl. auch Bd. 59 S. 191; Bd. 45 S. 185.
[57]) Fischbach S. 222.
[58]) Der Durchgangserwerb vom Nichtberechtigten, S. 85.

wird man vielleicht deshalb kein Bedenken tragen, den Fiduziar Eigentümer werden zu lassen, weil ja der entrechtete Dritte nicht nur nach § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB einen Anspruch gegen den Fiduzianten auf Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten, d. h. des dem Fiduziant gegen den Fiduziar zustehenden Rückgabeanspruchs habe, sondern auch einen Anspruch direkt gegen den Fiduziar auf Herausgabe des Erlangten nach § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB, denn der Fiduziar sei unentgeltlicher Erwerber.' Was zunächst den Anspruch des A aus § 816 Abs. 1 Satz 1 anlangt, so ist dieser Anspruch anzuerkennen, da die Voraussetzungen dafür — die Verfügung eines Nichtberechtigten, welche dem Berechtigten gegenüber wirksam ist — gegeben sind. Fraglich ist jedoch, ob dem A dieser Anspruch in allen Fällen nützen wird. Das ist nicht der Fall, wenn der Fiduziant seinen Anspruch gegen den Fiduziar auf Rückgabe der Sachen sofort nach Abschluß des fiduziarischen Geschäfts einem Dritten abtritt. In diesem Fall kann A seinen Bereicherungsanspruch gegen N nicht mehr geltend machen. Abgesehen davon ist es aber auch fraglich, ob A diesen Anspruch geltend machen und damit durchdringen kann, wenn der Fiduziar in Konkurs geraten ist oder wenn die Sache von einem Gläubiger des Fiduziars gepfändet worden ist. Steht A in diesen Fällen ein Aussonderungsrecht gem. § 43 KO. oder die Interventionsklage des § 771 ZPO. zu? Wir kommen hiermit zu einer in der Literatur überaus streitigen Frage, welche in der Literatur mit den verschiedensten Begründungen teils bejaht und teils verneint wird. Die Beantwortung dieser Frage ist aus dem Wesen und der Rechtsnatur des fiduziarischen Geschäfts herzuleiten und in erster Linie danach zu entscheiden, ob man die Stellung des Fiduziars als Vollrechtsstellung ansieht oder dem fiduziarischen Eigentum eine beschränkte dingliche Wirksamkeit beimißt. Eine Ansicht, welche in der Theorie weite Verbreitung gefunden hat und der auch das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung folgt, entnimmt dem fiduziarischen Zweck der Uebertragung nicht bloß eine obligatorische Gebundenheit des Fiduziars, sondern daneben auch eine Minderung und Einschränkung der ihm gewährten Rechtsstellung. Diese Ansicht sieht in dem Eigentum des Fiduziars nur „formelles" Eigentum, während das „materielle" oder „wirtschaftliche" Eigentum dem Fiduzianten verbleibt[59]). Mit dieser Begründung kommt diese Theorie zur Bejahung des Aussonderrungsrechts des Fiduzianten im Konkurse des Fiduziars und der Berechtigung des Fiduzianten, bei der von einem Gläubiger des Fiduziars betriebenen Zwangsvollstreckung in die dem Fiduziar übertragene Sache die Interventionsklage anzustrengen. Zu demselben Ergebnis kommt die Theorie, welche die fiduziarische Eigentumsübertragung als nur relativ wirkende bezeichnet und auf diese Weise zu dem Schluß kommt, daß der Fiduziar zwar jedem Dritten gegenüber, nicht aber gegenüber dem Fiduzianten als Eigentümer anzusehen sei, der Fiduziant daher im Konkurse des Fiduziars aussonderungsberechtigt und bei der Zwangsvollstreckung in die Sache zur Geltendmachung

---

[59]) R. G. Bd. 45 S. 85; Dernburg, Bürgerliches Recht 3 I § 172 III; Enneccerus I, 1 § 139 II, 3; Wolff § 88 V u. a.

seines Eigentums berechtigt sei. Diese Theorien sind abzulehnen, da sie lediglich als Mittel zum Zweck anzusehen sind. Man will dem Fiduzianten in jedem Falle das Aussonderungsrecht und die Interventionsklage zuerkennen und scheut sich daher nicht, zu diesem Zwecke Begründungen heranzuziehen, welche einer gesetzlichen Grundlage vollkommen entbehren. Ein formelles Eigentum einerseits und materielles Eigentum andererseits ist dem Gesetz unbekannt. Das Gesetz spricht nur von Eigentum, welches als das unbeschränkte Herrschaftsrecht einer Person über eine Sache zu bezeichnen ist (§ 903 BGB). „Eine Duplizität des Eigentums ergibt sich nur ausnahmsweise aus Bestimmungen des Gesetzes und kann durch Parteiwillen nicht hergestellt werden[60]). Ebensowenig kann die Zulassung eines relativen Eigentums in der Weise anerkannt werden, daß der Fiduziar jedem Dritten, nur nicht dem Fiduzianten gegenüber Eigentümer sei. Wohin sollte es führen, um diese Theorie auf die Spitze zu treiben, wenn der Erwerber zwar A, B, C, nicht aber X, Y, Z gegenüber als Eigentümer anzusehen ist[61]).

Auch aus reinen Billigkeitserwägungen kann das Aussonderungsrecht des Fiduzianten nicht hergeleitet werden. So führt Jäger[62]) aus, daß es jedem gesunden Rechtsempfinden widerspräche, wollte man den Gläubigern des Fiduziars gestatten, sich aus Gegenständen, welche dem Schuldner nur sicherungshalber übereignet sind, zu befriedigen. Dem ist entgegen zu halten, daß das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäftes in einem über den erstrebten wirtschaftlichen Zweck weit hinausgehenden Mittel besteht. Dieser über den Zweck hinausgehende Uebertragungsakt ist aber von den Parteien gewollt und zwar in voller Kenntnis der Rechtslage gewollt. Die Möglichkeit, daß sich die Gläubiger des Fiduziars unter Umständen auf Kosten des Fiduzianten bereichern können, ist lediglich die Folge dieses von dem Fiduzianten aus besonderen Gründen gewollten Rechtszustandes[63]).

Die Begründungen des dem Fiduzianten im Falle des Konkurses des Fiduziars zustehenden Aussonderungsrechts haben sich im Falle unbedingter fiduziarischer Rechsübertragung als nicht stichhaltig erwiesen. Demgemäß nützt der dem Altberechtigten gegen N aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB zustehende Anspruch, von dem Fiduziar Z die Sache zurückzuverlangen, im Konkurse des Fiduziars nichts.

Die Berechtigung des Fiduzianten, im Konkurse des Fiduziars die übereignete Sache auszusondern oder im Falle der Pfändung die Interventionsklage anzustrengen, kann nur dann anerkannt werden, wenn die fiduziarische Uebertragung unter Hinzufügung einer auflösenden Bedingung abgeschlossen worden ist. Ist der Eintritt der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Fiduziars als auflösende Bedingung bestimmt, so tritt mit der Eröffnung des Konkurses — weil dadurch nach

[60]) v. Tuhr II, 2 § 77 I.
[61]) Schöny S. 48.
[62]) K. O. § 43 Anm. 39.
[63]) Vergl. v. Tuhr II, 2 § 77 I.

§ 1 KO. die Treuhänderrechte kraft Gesetzes in die Konkursmasse fallen — nicht erst mit der Einbeziehung des Treuguts in die Konkursmasse, wie Schultze[64]) behauptet, die frühere Rechtslage gemäß § 158 Abs. 2 BGB wieder ein. Dieser dinglichen Wirkung steht § 26 KO., nach welchem der andere Teil nicht berechtigt ist, die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen, wenn infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners eintritt, nicht im Wege. Unter einer „in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung" im Sinne § 26 KO. ist nur eine schuldrechtliche Vertragsleistung (§ 241 BGB), eine Leistung im Rahmen eines zweiseitigen Vertrages zu verstehen, darunter fällt aber nicht die fiduziarische Rechtsübertragung[65]).

Hiernach ist im Falle der auflösend bedingten fiduziarischen Rechtsübertragung dem entrechteten Altberechtigten die Möglichkeit gegeben, sich im Konkurse des Fiduziars Z die Sache wieder zu verschaffen. Diese Berechtigung steht ihm aber nur dann zu, wenn die fiduziarische Uebereignung von N an Z unter der Hinzufügung der auflösenden Bedingung der Eröffnung des Konkurses des Z erfolgt ist, und N seinen Anspruch gegen Z auf Rückgabe der Sache nicht bereits an einen Dritten abgetreten hat. Wegen dieser Einschränkungen wird der Altberechtigte nur in den seltensten Fällen zur Wiedererlangung seiner Sachen in der Lage sein. Ein ausreichender Schutz des Altberechtigten kann somit in der Bestimmung des § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht erblickt werden.

Es ist daher zu prüfen, ob der Altberechtigte auf Grund des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB in der Lage ist, sich die Sachen, über welche N unberechtigter Weise verfügt hat, wieder zu verschaffen. § 816 Abs. 1 Satz 2 besagt: „Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt." Voraussetzung für den Anspruch des Altberechtigten auf Herausgabe der Sache ist demnach:

1. die Verfügung eines Nichtberechtigten,
2. welche dem Berechtigten gegenüber wirksam ist,
3. daß die Verfügung unentgeltlich erfolgt ist.

Bezüglich des Vorliegens der Voraussetzungen zu 1. und 2. bestehen keine Bedenken, fraglich ist lediglich die der Unentgeltlichkeit der Verfügung. M. E. ist diese Frage zu verneinen und ein Entgelt darin zu erblicken, daß die Uebergabe der Sache unter der Bestimmung erfolgt ist, daß der Fiduziar mit ihr in bestimmter Weise verfahre. Es ist nicht erforderlich, daß Leistung und Gegenleistung **objektiv** betrachtet sich als gleichwertig gegenüberstehen, um eine Entgeltlichkeit der Leistung anzunehmen. „Man muß das bestimmungsgemäße Verhalten des Fiduziars als die der Leistung des Fiduzianten entsprechende Gegenleistung, d. h. die fiduziarische Rechtsübertragung, als eine entgeltliche Verfügung und

---

[64]) a. a. O. S. 23.
[65]) Schultze, a. a. O. S. 23.

Zuwendung betrachten“[66]). Mangels des Vorliegens der Voraussetzung der Unentgeltlichkeit der Verfügung entfällt daher der Anspruch des Altberechtigten aus § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Eine Möglichkeit der Wiedererlangung der Sachen, über welche der Nichtberechtigte verfügt hat, ist daher für den Altberechtigten nicht gegeben. Gegenüber der Erlangung der Vollrechtsstellung, welche der Z durch das fiduziarische Geschäft erhalten hat, ist A machtlos. Z hat vollkommenes Eigentum durch die Sicherungsübereignung erlangt. Daran ist festzuhalten. Die klare logische Konstruktion kann durch bloße Billigkeitserwägungen nicht entkräftet werden. Wenn wir die Bildung von Rechtsinstituten im Interesse des wirtschaftlichen Verkehrs zulassen, welche im Gesetz eine ausdrückliche Regelung nicht erfahren haben, so kann diese Zulassung nur in Anlehnung an gesetzliche Bestimmungen erfolgen. Das fiduziarische Rechtsgeschäft hat sich in Anlehnung an das Eigentum herausgebildet. Die Vorschriften über das Eigentum haben aber im Gesetz eine derartige eindeutige Regelung erfahren, daß es nicht angeht, von ihnen bei der fiduziarischen Uebereignung abzuweichen. Wohin sollte es führen, wenn der Fiduziar gegenüber dem A, B, C, nicht aber dem X, Y, Z gegenüber als Eigentümer der Sache anzusehen wäre? Gerade eine derartige Regelung würde zu Unbilligkeiten führen. Wäre doch auf diese Weise der Schuldner in der Lage, seine Sachen beliebig der Zwangsvollstreckung zu entziehen. Weber [67]) sagt treffend: „Im Verhältnis zu seinen Gläubigern schützt der Fiduziant die Uebertragung des Rechts an den Fiduziar vor und im Verhältnis zu den Gläubigern des Fiduziars, nimmt er die Maske vors Gesicht, daß er das Recht an den Fiduziar im Grunde gar nicht übertragen habe. Der Schuldner führt auf diese Weise ein paradiesisches Leben. Er mag noch so viel Schulden machen, das Vermögensstück befindet sich beim Fiduziar in sicherer Hut.“ Man halte sich vor Augen, daß solche Möglichkeiten jeglicher Schiebung Tür und Tor öffnen würden und mit einer außerordentlichen Rechtsunsicherheit gleichbedeutend wären. Gerade für unsere heutige Zeit sind klare eindeutige Rechtsverhältnisse und eine strenge Durchführung derselben gegen den Schuldner unbedingt erforderlich. Auch heute hat der Satz Jherings[68]) seine volle Berechtigung, daß allzu große Milde gegen den Schuldner ein Zeichen des Niedergangs eines Rechts ist. An unserem Ergebnis kann daher auch der Umstand nichts ändern, daß der Altberechtigte ohne sein Zutun seine Sache durch die Uebereignung des N an Z verliert. Als Ausgleich dieser dem A durch die Uebereignung an Z entstehenden Mißlichkeiten können nur die dem A zustehenden obligatorischen Ansprüche dienen. Die Rechtslage ist hier die gleiche wie bei der Wandlung[69])

Wir kommen somit zu der Feststellung, daß Z durch die fiduziarische Uebereignung der dem A gehörigen Sache seitens des N gemäß § 932

[66]) Weber a. a. O. S. 89
[67]) a. a. O. S. 74.
[68]) Jhering, Kampf ums Recht.
[69]) S. oben §§ 7, 8 der Arbeit.

BGB Eigentümer der Sache geworden und damit A des Eigentums an der Sache verlustig gegangen ist. Auf Grund seines Eigentums ist daher Z, sofern er nicht in seiner Verfügungsfreiheit durch eine auflösende Bedingung, welche jedoch grundsätzlich nur im Verhältnis zum Fiduzianten N wirksam ist, beschränkt ist, in der Lage, die ihm fiduziarisch übereignete Sache an jeden beliebigen Dritten weiter zu übertragen. Die Uebereignung richtet sich lediglich nach den Vorschriften der §§ 929 ff. BGB, die Erwerber werden daher beim Vorliegen dieser Voraussetzungen Eigentümer der Sache. Demgemäß wird auch der Sicherungsgeber, der früher Nichteigentümer war, nun auch selbst Eigentümer, wenn der Fiduziar die Sache an ihn auf Grund eines selbständigen von der Sicherungsübereignung unabhängigen Geschäfts übereignet. Da das Eigentum des Altberechtigten nicht von selbst wieder aufleben kann, so muß dieses Ergebnis — wie bei der Wandlung — auch dann gelten, wenn der Fiduziar das Eigentum an der Sache nach Tilgung der ihm geschuldeten Forderung durch Einigung und Uebergabe auf den Nichtberechtigten überträgt[70]).

Kiehl wendet sich in einem Aufsatz „Tragweite des guten Glaubens eines fiduziarischen Rechtserwerbes“[71]) gegen den Rückerwerb des Nichtberechtigten auf Grund eines vorangegangenen fiduziarischen Rechtsgeschäftes. Er glaubt aus der Tatsache, daß derjenige, welcher ein Pfand mit einer ihm nicht gehörigen Sache auch der Rechtsform nach nur als Pfand bestellt habe, später zu seinen Gunsten nicht geltend machen könne, daß der Pfandnehmer kraft seines guten Glaubens das Pfandrecht wirksam erlangt habe, folgern zu können, daß dies ebensowenig derjenige tun könne, welcher die Sicherung im Sinne eines Uebereignungsgeschäftes bestellt habe. Kiehl stellt daher die Behauptung auf, „daß der Rückerwerber durch die Rückübertragung eben nur das zurückerhält, was er zuvor lediglich der äußerlichen Rechtsform nach veräußert habe, und daher das fiduziarisch veräußerte Recht auch nur in eben der Beschaffenheit zu eigener Verfügung wiedererlangt, in der es sich ehemals zur Zeit seiner Veräußerung befunden hatte.“ Dieser Argumentation Kiehls ist nicht beizupflichten, da die Sicherungsübereignung nicht nach den Vorschriften der §§ 1204 ff. BGB über das Pfandrecht zu beurteilen ist. Die Sicherungsübereignung ist eben ein stärkeres Recht als das Pfandrecht, und als solches auch von den Parteien bewußt gewollt, da es ihnen freistand, für die Sicherung der Forderung die eine oder die andere Rechtsform zu wählen. „Gerade weil der Nichtberechtigte durch Sicherungsübereignung dem Zwischenerwerber mehr Rechte verschaffte als durch Verpfändung: das volle Recht und nicht nur ein Tochterrecht, bekam er auch mehr zurück: das volle Recht und nicht nur die Lastenfreiheit“[72]).

Ebensowenig ist der Ansicht Wolffs[73]) zu folgen, welcher den Rückerwerb hier verneint, weil die Rückgabe den Nichtberechtigten nicht wohl

---

[70]) Vergl. Komm. v. R. G. R. § 932 Erl. 1 Abs. 4.
[71]) Jur. W. 1922 S. 787 ff.
[72]) Ewald, a. a. O. S. 257.
[73]) § 69 III.

besser stellen könnte, wenn er sich zuvor durch Sicherungsübereignung ungünstiger als durch Verpfändung gestellt habe. Wolff verkennt, daß sich der Nichtberechtigte durch die Sicherungsübereignung wegen seiner Nichtberechtigung gar nicht ungünstiger stellen kann. Nicht er stellt sich ungünstiger — er gibt lediglich seinen Besitz auf — sondern den wahren Eigentümer, welcher dadurch seine Eigentümerstellung verliert.

Demgemäß kommen wir zu dem Ergebnis:

Der Rückerwerb des Nichtberechtigten, welcher im Wege eines fiduziarischen Rechtsgeschäfts erfolgt, ist als rechtswirksam anzuerkennen.

§ 10. Der beabsichtigte Rückerwerb des Nichtberechtigten.

In den vorangegangenen Ausführungen haben wir den Rückerwerb des Nichtberechtigten für die Fälle anerkannt, in denen er im Wege

1. eines von dem ersten unabhängigen Rechtsgeschäfts,
2. der Wandlung,
3. eines fiduziarischen Rechtsgeschäftes

erfolgte. In den meisten Fällen wird der Nichtberechtigte, wie wir gesehen haben, bezüglich der Nichtberechtigung gutgläubig sein, d. h. davon, daß er als Nichtberechtigter verfügt hat, keine Kenntnis gehabt haben. Zu dem gleichen Ergebnis waren wir aber auch in den Fällen gekommen, in denen der Nichtberechtigte die Veräußerung an den Zwischenerwerber in voller Kenntnis seines Nichtrechts vorgenommen hatte. Wir hatten gesagt, daß es auf die Gut- oder Bösgläubigkeit des Wiedererwerbers und Nichtberechtigten nicht mehr ankommen könne, nachdem der Zwischenerwerber das volle Eigentum erworben hat, denn jetzt erwirbt jeder Dritte sowie der Nichtberechtigte vom Eigentümer. Dieser Erwerb erfolgt lediglich nach den Vorschriften der Uebertragung des Eigentums.

Es ergibt sich die Frage, ob an diesem Ergebnis in allen möglichen Fällen festzuhalten ist, oder ob es in gewissen Fällen keine Geltung beanspruchen kann. Offenbar muß eine Entscheidung vermieden werden, nach der der Nichtberechtigte sich durch arglistige Maßnahmen zum Berechtigten machen könnte. Betrachten wir folgenden Fall: N, der von A ein wertvolles Buch geliehen hat, möchte dieses Buch, welches nur in wenigen Exemplaren erschienen ist, erwerben. Da N weiß, daß A das Buch niemals verkaufen werde, ihm andererseits aber die Vorschriften über den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten und dessen rechtliche Folgen bekannt sind, veranlaßt er seinen Freund Z zum Kaufe des Buches. Nach einiger Zeit erwirbt er das Buch von Z zurück.

Oder N verkauft einen anderen Gegenstand, dessen Mangelhaftigkeit ihm bekannt ist, an Z mit der Absicht, daß Z wandeln und er selbst auf diese Weise das Eigentum erwerben werde.

Oder N übereignet eine ihm nicht gehörige Sache dem Z wegen einer Forderung zur Sicherheit, obwohl er den Z sofort befriedigen könnte, um auch hier nach Tilgung der Schuld die Sache zu Eigentum zu erwerben.

Wollte man[74]) auch in diesen Fällen den Rückerwerb des Nichtberechtigten als wirksam zulassen, so wäre das, um mit Weber[75]) zu sprechen, ein geradezu ideales Feld für sogenannte Schiebungen aller Art. „Die nichtberechtigten Vor- und Hintermänner benutzen die Person des zwischen ihnen stehenden gutgläubigen Mittlers, um sich in eine Rechtsposition zu setzen, die sie sonst nicht würden erlangen können. Sie lassen das fortgegebene schwache Recht oder gar Nichtrecht sich bei dem Mittler auswachsen und es sich dann in dieser neuen wohlgerundeten Gestalt überantworten. So heimsen sie ganz unverdientermaßen die Früchte des guten Glaubens des Mittlers ein." Es ist daher zu prüfen, wie ein derartiges jeder Gerechtigkeit und Billigkeit hohnsprechendes Ergebnis zu verhindern ist.

Reichel[76]) erkennt den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten und damit den Rückerwerb des Nichtberechtigten ebenfalls grundsätzlich an. Er macht aber die Einschränkung, daß dieser Grundsatz nicht durch „dick und dünn" zu verfolgen sei und kommt zu der Aufstellung folgenden Ausnahmesatzes: „Wer schlechtgläubig einen Gutgläubigen zum Erwerb veranlaßt hat in der Absicht, demnächst von diesem zu erwerben, der kann aus dessen Gutgläubigkeit einen eigenen Erwerb kraft Rechtsnachfolge nicht herleiten." Die Begründung dieses Satzes entnimmt Reichel der Einrede der Arglist, deren weltgeschichtliche Mission doch darin bestehe, zu verhüten, ne cui dolus suus per occasionen juris civilis contra naturalen aequitatem prosit[77]). Daher könne der Schlechtgläubige unter arglistiger Benutzung eines gutgläubigen Zwischenmannes nicht erwerben, ihm stehe die Einrede der Arglist entgegen.

Ferner begründet Reichel den Ausnahmesatz mit der dem Strafrecht entnommenen Analogie der mittelbaren Täterschaft. Reichels Idee ist folgende: Wie im Strafrecht derjenige, der durch Benutzung eines anderen selbst nicht Straffälligen eine strafbare Handlung begehe, als mittelbarer Täter anzusehen sei, so könnte man auch hier dem wissenden Erwerber beim Rückerwerb von dem gutgläubig zum Eigentümer Gewordenen als (mittelbar) bösgläubigen Erwerber betrachten. Dieser Begründung Reichels der Verneinung der Zulässigkeit des beabsichtigten Rückerwerbes mit der dem Strafrecht entnommenen Analogie der mittelbaren Täterschaft vermag ich mich nicht anzuschließen. Die Anwendung strafrechtlicher Begriffe auf das Zivilrecht halte ich für unzulässig. Abgesehen davon, würde man sich bei Zulassung dieser Begründung gerade beim Rückerwerb des Nichtberechtigten in einen unlöslichen Widerspruch setzen. Wenn man bedenkt, daß das bürgerliche Recht den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten ausdrücklich für rechtlich zulässig erachtet, während das Strafrecht denselben Tatbestand als Unterschlagung und Untreue ansieht und den Täter u. U. mit empfindlichen Freiheitsstrafen

---

[74]) Wie von Tuhr II, 1 § 495 c Abs. 1.
[75]) a. a. O. S. 3, 4.
[76]) Gutgläubigkeit beim Fahrniserwerb, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, Bd. 42 S. 256 ff.
[77]) 1, 1 D 44, 4.

belegt, so kann man die Verneinung eines ähnlichen sich als Folge des vom bürgerlichen Recht anerkannten Tatbestandes nicht dem Strafrecht, welches die Verwirlichung dieser Tatbestände bestraft, entnehmen. Die Verneinung des beabsichtigten Rückerwerbs kann daher nur dem bürgerlichen Recht entnommen werden. Ferner ist auch die Anwendbarkeit strafrechtlicher Vorschriften auf das Zivilrecht, sofern nicht die Zulässigkeit besonders bestimmt ist, wie z. B. im § 823 Abs. 2 BGB, wo von Schutzgesetzen gesprochen wird, welchen sowohl zivilrechtliche wie strafrechtliche Bestimmungen unterfallen, abzulehnen. Umgekehrt gilt grundsätzlich dasselbe, lediglich die zivilrechtichen Vorschriften, weche die Rechtswidrigkeit einer Handlung ausschließen, z. B. die §§ 228, 904 BGB haben als Strafausschließungsgründe auch im Strafrecht Geltung[78]).

Die Begründung der Verneinung des beabsichtigten Rückerwerbs des Nichtberechtigten ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht unmittelbar zu entnehmen. Es ist daher zu prüfen, ob nicht ein im Gesetz ausdrücklich geregelter Tatbestand mit unserem Tatbestand des beabsichtigten Rückerwerbes eine derartige Aehnlichkeit hat, daß für den nicht geregelten dieselben Rechtsfolgen wie für den im Gesetz geregelten Tatbestand Anwendung finden können. Manigk sagt in seinem Werk „Willenserklärung und Willensgeschäft"[79]), daß bei der analogen Anwendung von Gesetzesvorschriften zunächst immer die Gewinnung des allgemeinen im Gesetz ausdrücklich geregelten Grundsatzes Voraussetzung sei. Dann sei zu prüfen, ob jener gefundene Grundsatz auf die ihm zu unterstellenden weiteren im Gesetz nicht geregelten Einzelfälle angewendet werden könne. Auszugehen sei daher in jedem Falle von der Hauptfrage, „ob die Ausdehnung der gesetzlich lediglich als Spezialnormen gegebenen Vorschriften zu einer Generalnorm wiederum gesetzlich, d. h. im Sinne des Gesetzes ist." Das Bürgerliche Gesetzbuch hat der Lehre von der Stellvertretung den Grundsatz der Repräsentation zu Grunde gelegt, indem es im § 166 Abs. 1 bestimmte, daß, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden, nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht kommen. Um zu verhindern, daß jemand, der selbst wegen Bösgläubigkeit oder anderer Mängel, welche der rechtlichen Wirksamkeit des Geschäfts entgegenstehen würden, nicht in der Lage wäre, die in seiner Person vorliegenden Mängel dadurch zu umgehen, daß er das Geschäft durch einen Dritten vornehmen läßt, hat der Gesetzgeber im § 166 Abs. 2 BGB bestimmt: „Hat im Falle einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht) der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen." Dieser Gesetzesbestimmung entnehme ich den allgemeinen Grundsatz: **Derjenige, der wegen eigener Schlechtgläubigkeit oder anderer in seiner Person vorliegenden Rechts-**

[78]) Vergl. Frank St. G. B. II zu §§ 52, 54 und Vorbem. III zum 3. Abschnitt.
[79]) S. 564.

mängel zur Herbeiführung eines Rechtserfolges nicht in der Lage ist, kann denselben Erfolg auch nicht durch eine andere Person, bei der diese Mängel nicht gegeben sind, herbeiführen. Diesem Grundprinzip kann ich auch den beabsichtigten Rückerwerb des Nichtberechtigten unterstellen. Der Nichtberechtigte, welcher wegen eigener Schlechtgläubigkeit eine fremde Sache nicht erwerben kann, ist zur Herbeiführung dieses Erwerbes auch nicht dadurch in der Lage, daß er einen gutgläubigen Zwischenmann zum Erwerbe veranlaßt, um von diesem nach einiger Zeit zurückerwerben zu können. Einem derartigen Rückerwerb ist die rechtliche Wirksamkeit in analoger Anwendung des § 166 Abs. 2 BGB abzusprechen. Der Zwischenerwerb ist in diesem Falle zu Gunsten des Altberechtigten als unwirksam anzusehen, das Recht ist beim Altberechtigten geblieben.

Die Begründung der Verneinung des beabsichtigten Rückerwerbs des Nichtberechtigten ist schließlich auch der aus § 162 Abs. 2 BGB zu folgernden Analogie zu entnehmen. § 162 Abs. 2 bestimmt: „Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt."

Der Grundgedanke dieser Bestimmung war bereits den Römern bekannt und hat sich in der Jurisprudenz des Mittelalters zu einem das ganze Rechtsleben beherrschenden Grundsatz entwickelt. Im römischen Recht war dieser Grundsatz dahin bestimmt[80]): „In jure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat, quominus impleatur perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset. Quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur, quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret." Diese Rechtsregel galt zunächst nur für testamentarische Freilassungen. Später wurde sie auf andere letztwillige Verfügungen übertragen und schließlich auch auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden angewandt. Auch im kanonischen Recht bestand eine ähnliche Bestimmung in der Decretale Innozenz III., wo es heißt: „. . . immo potius contra se suam turpitudinem allegabant . . ." Hieraus wird in der späteren zivilistischen Literatur die Parömie: „Turpitudinem suam allegans non auditur." Ebenso ist im preußischen Allgemeinen Landrecht in einer Reihe von Vorschriften dem im römischen Recht ausgesprochenen Rechtsgrundsatz Rechnung getragen und zwar insbesondere A. L. R. I, 4 § 104: „Hängt die Bedingung von einem bloßen Zufall ab, so dürfen weder der Berechtigte noch der Verpflichtete, ein jeder bei Verlust seines Rechtes, etwas vornehmen, wodurch das Eintreten des Zufalls hervorgebracht oder verhindert wird." Im § 162 BGB ist dann die gesetzliche Festlegung der gemeinrechtlichen Lehre erfolgt.

Es ergibt sich die Frage, ob diese im § 162 BGB niedergelegte Bestimmung als allgemeiner Rechtssatz im geltenden Recht Geltung zu beanspruchen hat, oder ob sie nur eine Sondervorschrift ist und daher eine ausdehnende Auslegung nicht zuläßt.

---

[80]) L. 161 D. 50, 17.

Zunächst ist festzustellen, daß dem § 162 ähnliche Normen auch in den §§ 293, 530 Abs. 2, 815, 2339 Nr. 2 BGB einen gesetzlichen Niederschlag gefunden haben. Demnach kann die Behauptung aufgestellt werden, daß die Fassung des § 162 zu eng und darin ein allgemeiner Rechtssatz enthalten ist, der einer allgemeinen Geltung und Anwendung im Wege der Analogie fähig ist[81]). Der allgemeine im § 162 niedergelegte Grundsatz ist dahin zu bestimmen, **daß niemand aus seinem unrechten Tun zum Nachteil eines anderen für sich einen Vorteil herleiten darf.** Dieser Grundsatz, welcher durch die h. L. und Rechtsprechung in den Fällen der Verhinderung bezw. Verzögerung des Zuganges einer Willenserklärung durch den Adressaten und der Verhinderung bezw. Herbeiführung der Genehmigung wider Treu und Glauben u. a.[82]) Anwendung gefunden hat, wird auch für den beabsichtigten Rückerwerb angewandt werden können.

Wie nun gemäß § 162 Abs. 2 BGB als Folge der unredlichen Einflußnahme auf die Erfüllung der Bedingung die gesetzliche Fiktion eintritt, als ob die unredlich herbeigeführte Bedingung nicht eingetreten sei, so ist in analoger Anwendung dieser Bestimmung der nach vorbedachtem Plan lediglich zum Zwecke des Rückerwerbs erfolgte Zwischenerwerb des Gutgläubigen zu Ungunsten des Nichtberechtigten als unwirksam anzusehen. Aus dem Rückerwerb kann der Nichtberechtigte in diesen Fällen keine Rechte für sich herleiten, vielmehr ist der Altberechtigte der Berechtigte geblieben.

Schlußbetrachtung.

Die Untersuchung des Problems des Rückerwerbs des Nichtberechtigten hat uns zu der grundsätzlichen Anerkennung des Rückerwerbs geführt.

Im § 10 der Arbeit ist die Begründung der Verneinung der Wirksamkeit des beabsichtigten Rückerwerbs versucht worden. Diese Begründung war zwar nicht unmittelbar dem Gesetz zu entnehmen, sie erschien aber erforderlich, um mit ihr Unbilligkeiten auszuschalten. Aus diesem Grunde wird die gegebene Begründung zulässig sein. Denn: „Auch bevor der Dinge letztes Wesen erkannt ist, müssen wir leben, d. h. muß der Richter und der Gesetzgeber handeln und wir ihnen dabei, von der theoretischen Betrachtung her, zu helfen versuchen“[83]).

---

[81]) R. G. Bd. 58 S. 409 und Jur. W. 1904 S. 53; O. L. G. Bd. 12 S. 64; Pr. O. V. G., IV. Sen., Urt. v. 28. April 1927 in Jur. Woch. 1927 S. 2166; Staudinger § 162, 7; Oertmann § 162; Kohler I, S. 566 I, Hellwig, System I S. 458 f.

[82]) Vergl. Schiedermaier, Das Anwendungsgebiet des § 162 BGB.

[83]) Jung, Positives Recht S. 16.

Lebenslauf.

Am 21. November 1908 wurde ich, Werner Eltze, als Sohn des Kaufmanns Paul Eltze und seiner Ehefrau Marie, geb. Schmidt, in Dahme (Mark) geboren. Nachdem ich 3 Jahre die Vorschule und die Sexta der Landwirtschaftsschule in Dahme besucht hatte, wurde ich nach dem Friedrich-Wilhelm Gymnasium in Cottbus eingeschult. In den Jahren 1923—1925 besuchte ich das Gymnasium zum Kloster „Unser lieben Frauen" in Magdeburg. Im Herbst 1925 ging ich nach Cottbus zurück und bestand Ostern 1928 die Reifeprüfung.

Nachdem ich in München, Marburg, Berlin und zuletzt wieder in Marburg Rechtswissenschaften studiert hatte, bestand ich am 29. Juni 1932 die erste juristische Staatsprüfung bei dem Oberlandesgericht in Kassel.

Seit dem 16. September 1932 befinde ich mich im Staatsdienst.

Am 29. April 1933 habe ich vor dem Prüfungsauschuß der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg die mündliche Doktorprüfung bestanden.